

Gratifikation und Arbeitsausfall

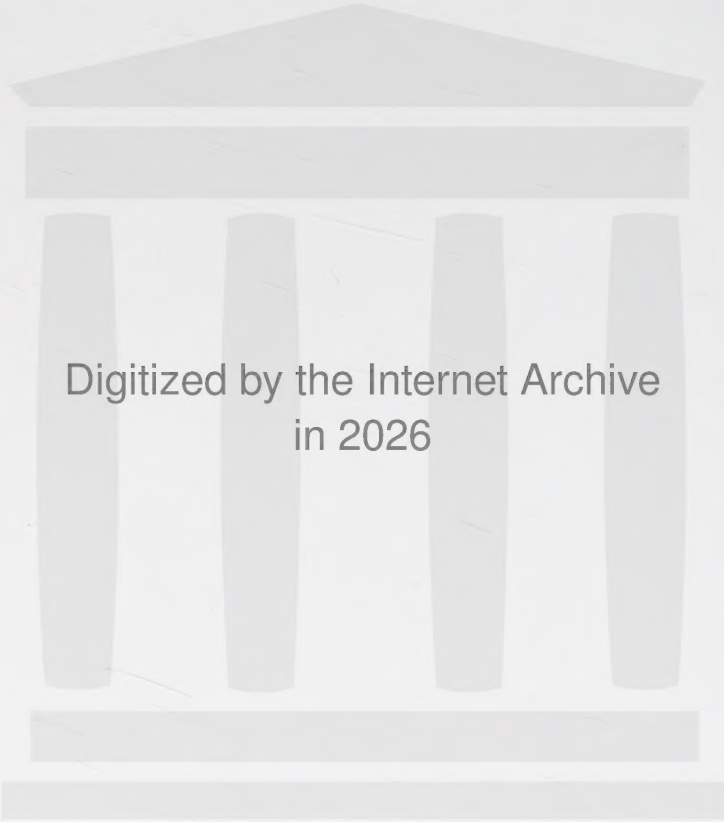
Die Gratifikation als modifizierte Anwesenheitsprämie

von

Christoph Zwanzger

aus

Heuberg/Kr. Nördlingen



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546218_0011

Gratifikation und Arbeitsausfall

Die Gratifikation als modifizierte Anwesenheitsprämie

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg

vorgelegt
von
Christoph Zwanzger
aus
Heuberg/Kr. Nördlingen



Referent: Professor Dr. L. Schnorr von Carolsfeld

Tag der mündlichen Prüfung: 31. Juli 1969

Meiner lieben Ursula

I n h a l t

Inhaltsverzeichnis	S. I
Literaturverzeichnis	S. IX
Abkürzungsverzeichnis	S. XVIII
 E i n l e i t u n g	 S. 1
 E r s t e r T e i l :	
§ 1 Grundsatzproblematik	S. 4
A. Ist die Berücksichtigung von Fehlzeiten mit dem Wesen der Gratifikation vereinbar?	S. 4
B. Zulässigkeit und Grenzen von Mittel und Zweck	S. 10
1. Zulässigkeit des angestrebten Ziels	S. 10
2. Zulässigkeit des verwendeten Mittels	S. 11
3. Grenzen dieser Gestaltungsform	S. 12
C. Ergebnis	S. 17
 Z w e i t e r T e i l :	
Fälle der Abwesenheit vom Betrieb	S. 18
<u>I. Kapitel:</u> Einzelursachen	S. 18
 § 2 Feiertage	S. 18
A. Gesetzliche Feiertage	S. 18
B. Gesetzlich geschützte (kirchliche) Feiertage	S. 20
1. Grundsatz	S. 20
2. Abweichungen	S. 22
3. Spezialfragen	S. 23
C. Ergebnis	S. 25

<u>§ 3 Erholungsurlaub</u>	S. 25
<u>§ 4 Innerbetriebliche Tätigkeit</u>	S. 26
<u>§ 5 Krankheit</u>	S. 27
A. Überblick	S. 27
B. Fallgruppen	S. 29
1. Verschulden des Arbeitnehmers	S. 29
2. Verschulden des Arbeitgebers	S. 30
3. Kein Verschulden beider Seiten	S. 31
C. Ergänzende Fragen	S. 39
D. Ergebnis	S. 41
<u>§ 6 Kur- und Heilbehandlung</u>	S. 41
A. Begriffsabgrenzung	S. 41
B. Fallgruppen	S. 42
1. Kuren bei Arbeitsunfähigkeit	S. 42
2. Vorbeugende Kuren	S. 42
3. Erholungskuren	S. 43
4. Schonzeit	S. 43
C. Ergebnis	S. 44
<u>§ 7 Mutterschutz</u>	S. 44
A. Beschäftigungsverbote	S. 44
1. Entwicklung und gegenwärtige Ausgestaltung	S. 44
2. Interessenabwägung	S. 45
3. Ergebnis	S. 49
B. Stillzeiten (§ 7 MuSchG)	S. 50
C. Untersuchungen (§ 16 MuSchG)	S. 52
D. Betriebszugehörigkeit	S. 54
E. Zusammenfassung	S. 55

<u>§ 8 Jugendschutz</u>	S. 56
A. Berufsschulbesuch (§ 13 JArbSchG)	S. 56
B. Untersuchungen (§ 49 JArbSchG)	S. 56
<u>§ 9 Hausarbeitstag</u>	S. 59
<u>§ 10 Arbeitskampf</u>	S. 64
A. Unmittelbare Wirkungen	S. 64
1. Streik	S. 64
2. Aussperrung	S. 66
a) Rechtmäßige Aussperrung	S. 66
b) Rechtswidrige Aussperrung	S. 69
3. Zusammentreffen von Streik und Aussperrung	S. 70
B. Fernwirkungen	S. 72
1. Überblick	S. 72
2. Rechtswidrige Aussperrung	S. 72
3. Rechtmäßige Arbeitskämpfe	S. 73
4. Rechtswidriger Streik	S. 79
5. Vorzüge der generellen Risiko- aufteilung	S. 80
C. Maßregelungsverbot	S. 81
1. Begriff	S. 81
2. Subsumtionskriterien	S. 82
3. Ergebnis	S. 87
D. Auswirkungen des Arbeitskampfes auf Anwartschaften	S. 88
E. Zusammenfassung	S. 90

<u>§ 11 Wehrdienst und ähnliche Verpflichtungen</u>	S. 90
A. Grundwehrdienst	S. 90
1. Ganzjährige Abwesenheit	S. 90
2. Anwesenheit bei Auszahlung der Gratifikation nach vorausgegangenem Wehrdienst	S. 91
3. Abwesenheit bei Auszahlung der Gratifikation	S. 92
4. Auswirkungen in späteren Jahren	S. 95
B. Wehrübungen	S. 95
1. Pflichtübungen	S. 95
2. Freiwillige Übungen bis zu 6 Wochen im Kalenderjahr	S. 97
3. Freiwillige Übungen von mehr als 6 Wochen im Kalenderjahr	S. 97
4. Wehrübungen von nicht länger als 3 Tagen	S. 98
C. Sonstige Begleiterscheinungen des Wehrdienstes	S. 99
1. Meldung bei den Erfassungs- und Wehrrersatzbehörden	S. 99
2. Einstellung im Anschluß an den Wehrdienst	S. 100
D. Ziviler Ersatzdienst	S. 100
E. Eignungsübungen	S. 100
F. Ausbildung im Luftschutz (§ 13 ZBG)	S. 102
G. Zusammenfassung	S. 103

§ 12 Staatsbürgerliche Pflichten S. 104

1. Mitwirkung bei der Rechtsprechung S. 104
2. Ladung vor Gericht S. 106
3. Vormundschaft, Pflegschaft S. 107
4. Kommunale Ehrenämter (außer im Zusammenhang mit Wahlen) S. 108
5. Mitwirkung bei Wahlen S. 109
6. Zusammenfassung S. 111

§ 13 Sonderurlaub S. 112

1. Überblick S. 112
2. Freizeit zum Aufsuchen einer neuen Arbeitsstelle S. 112
3. Urlaub für politische Tätigkeit S. 113
 - a) Mandatsausübung im Bundes- oder Landesparlament S. 113
 - b) Urlaub zur Wahlvorbereitung S. 114
4. Sonderurlaub für ehrenamtliche Jugendleiter S. 115
5. Urlaub aus anderen Gründen S. 116
6. Zusammenfassung S. 117

§ 14 Sonstige Fälle der Unmöglichkeit und

Unzumutbarkeit S. 118

1. Abgrenzung S. 118
2. Fallgruppen S. 118
 - a) Verschulden des Arbeitgebers S. 118
 - b) Verschulden des Arbeitnehmers S. 119
 - c) Kein Verschulden beider Seiten S. 119
3. Ergebnis S. 121

<u>§ 15 Unberechtigtes Fehlen und Unpünktlichkeit</u>	S. 121
A. Unberechtigtes Fehlen	S. 121
B. Unpünktlichkeit	S. 122
1. Grundprinzip	S. 122
2. Unpünktlichkeit im engeren Sinn	S. 123
C. Zusammenfassung	S. 123
<u>§ 16 Ursachen im Bereich des Arbeitgebers</u>	S. 124
A. Annahmeverzug	S. 124
B. Betriebliche Gründe	S. 125
1. Verschulden des Arbeitgebers	S. 125
2. Verschulden des Arbeitnehmers	S. 126
3. Wirtschaftsrisiko	S. 126
4. Vereinbarungen über das Betriebsrisiko	S. 127
5. Betriebsrisiko im engeren Sinn	S. 128
6. Existenzgefährdung des Betriebes	S. 131
C. Kurzarbeit	S. 131
1. Problemstellung	S. 131
2. Regelfall	S. 132
3. Sonderfälle	S. 133
4. Werksbeurlaubung	S. 134
D. Zusammenfassung	S. 135

II. Kapitel:

<u>§ 17 Zusammentreffen mehrerer Ursachen</u>	S. 136
Vorbemerkung	S. 136
I. Feiertage	S. 136
1. Gesetzliche Feiertage	S. 136
2. Gesetzlich geschützte Feiertage	S. 139
3. Ergebnis	S. 139

II. Erholungsurlaub	S. 140
III. Innerbetriebliche Tätigkeit	S. 141
IV. Vom Arbeitgeber zu vertretende Krankheit	S. 141
V. Mutterschutz (Stillzeit, ärztliche Untersuchungen)	S. 144
VI. Jugendschutz	S. 145
1. Berufsschule (§ 13 JArbSchG)	S. 145
2. Untersuchungen (§ 49 JArbSchG)	S. 146
VII. Rechtswidrige Aussperrung	S. 147
VIII. Wehrdienst und ähnliche Verpflichtungen	S. 148
1. Übungen bis zu 3 Tagen (§ 11 ArbPlSchG)	S. 148
2. Meldung bei den Erfassungs- und Wehrrersatzbehörden (§ 14 ArbPlSchG)	S. 149
3. Ausbildungsveranstaltungen im Luftschutz (§ 13 ZBG)	S. 149
IX. Mitwirkung bei Wahlen (Art.32 LWG)	S. 149
X. Sonderurlaub	S. 149
1. Kurze Arbeitsbefreiung	S. 149
2. Längere Beurlaubungen unter Weiterzahlung des Arbeitsentgelts	S. 150
XI. Vom Arbeitgeber zu vertretende Unmöglichkeit	S. 150
XII. Vom Arbeitgeber zu vertretende Unpünktlichkeit	S. 150
XIII. Ursachen im Bereich des Arbeitgebers	S. 150
1. Annahmeverzug	S. 150
2. Betriebliche Gründe, soweit sie nicht dem Arbeitnehmer anzulasten sind	S. 151
3. Zu Unrecht eingeführte Kurzarbeit	S. 156
4. Ergebnis	S. 156

III. Kapitel:

§ 18 Folgerungen S. 156

A. Einzelursachen S. 156

B. Zusammentreffen mehrerer Ursachen S. 157

D r i t t e r T e i l :

Möglichkeiten der Ausgestaltung S. 159

§ 19 Besonderheiten S. 159

1. Differenzierung nach Ausfall-
ursachen S. 159

2. Erkennbarkeit der getroffenen
Regelung S. 160

§ 20 Lösungsversuche S. 163

1. Stichtagsregelung S. 163

2. Einheitliche Fehlzeitenbehandlung S. 167

3. Fallregelung S. 169

4. Kürzungsmöglichkeiten S. 170

§ 21 Zweckmäßigkeitsfragen S. 173

1. Ausklammerung einzelner Ausfall-
ursachen S. 173

2. Geeignete Gestaltungsformen S. 174

Z u s a m m e n f a s s u n g S. 178

Anlage: F a l l ü b e r s i c h t S. 179

Literaturverzeichnis

- Baumbach, Adolf - Lauterbach, Wolfgang: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz u.a. Nebengesetzen, 29. Aufl., München u. Berlin 1966
- Beese, Walter: Die Gratifikation, Diss. Königsberg 1941
- Bertermann, H.: Die Weihnachtsgratifikation bei Ableistung der Wehrpflicht, B1StSozArbR 1963, 383
- Bobrowski, Paul - Gaul, Dieter: Das Arbeitsrecht im Betrieb von der Einstellung bis zur Entlassung, 5. Aufl, Heidelberg 1965
- Boldt, Gerhard: Das Recht der Gratifikation in der Bundesrepublik Deutschland, ZAS 1968, 1
- Bötticher, Eduard: Anm. zum Urteil des IAG Bremen vom 22.4.1953, AP 53 Nr.205
- Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, RdA 1953, 161
- Anm. zum Urteil des BAG vom 29.3.1965, SAE 1966, 15
- Brandstetter, Elmar: Handbuch des Wehrrechts, Bd.2, Losebl. Köln, Berlin, Stand 1968
- Brecht, N.: AR-Blattei, Feiertage VI Vergütung des Lohnausfalls an Feiertagen
- Brox, Hans: Anm. zum Urteil des BAG vom 23.4.1963, SAE 1963, 212
- Brox, Hans - Rütters, Bernd: Arbeitskampfrecht, Stuttgart 1965
- Bürger, Karlheinz: Über den Gratifikationsanspruch des Arbeitnehmers bei Teilnahme an einer Eignungsübung, ArbGeb 1956, 824
- Bulla, Gustav Adolf: Entwicklung und Maximen des gesetzlichen Mutterschutzes in Deutschland, in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit, herausgeg. von Gerhard Müller, Bd.1, S.42, Berlin 1964 (zitiert: Bulla, Jahrb.)
- Mutterschutzgesetz und Frauenarbeitsrecht, Kommentar, München u. Berlin 1954 (zitiert: Bulla, HausarbT)

- Bulla, Gustav Adolf: Mutterschutzgesetz, Kommentar, 3. Aufl.,
bearbeitet von Werner Hackbeil, München
1968
- AR-Blattei, Arbeitskampf II Streik G
Rechtslage nach Streikbeendigung
- AR-Blattei, Arbeitskampf II Streik D
Streik und Arbeitsvertrag - Arbeitsver-
hältnis
- Anm. zum Urteil des BAG vom 27.6.1958,
AR-Blattei, Gratifikation Entsch. 3
- Dahs, Hans jun.: Anm. zum Beschluß des OLG Koblenz vom
5.3.1965, NJW 1965, 1289
- Dersch, Hermann - Neumann, Dirk: Bundesurlaubsgesetz, Kommen-
tar, 3. Aufl., München u. Berlin 1964
- Dittrich, Robert - Veit, Rolf E. - Tades, Helmuth: Arbeits-
recht, Die Rechtsvorschriften betreffend
das privatrechtliche Dienstverhältnis
der Arbeiter und Angestellten mit ver-
weisenden und erläuternden Anmerkungen
und einer Übersicht der gesamten Recht-
sprechung, Losebl., 2. Aufl., Wien 1963
- Fauth, W.: Rechtsfragen zur Weihnachtsgratifikation,
DB, Beilage Nr.16/1967
- Frey, Erich: Die Feiertagsbezahlung, Schriften des
Betriebs-Beraters, Heft 18, 2. Aufl.,
Heidelberg 1959
- Friedrichs, H.: Betriebliche Maßnahmen zur Eindämmung
von Fehlzeiten, in: Fehlzeiten im Betrieb,
Düsseldorf 1962
- Fuchs, Johannes: Der Gratifikationsanspruch des Arbeit-
nehmers, Berlin 1931
- Galperin, Hans: Der Grundsatz der Gleichbehandlung, RdA
1953, 169
- Gamillscheg, Franz: Besprechung von: Bulla, MuSchG, 2. Aufl.
1967, in RdA 1968, 118
- Gangloff, Eugen: Anm. zum Urteil des BAG vom 28.3.1963,
SAE 1963, 237
- Göller, Heinrich: Die Weihnachtsgratifikation unter Rück-
zahlungsvorbehalt, Diss. Köln 1966
- Goossens, Franz: Sinn und Unsinn der Zahlung von "Anwesen-
heitsprämien", MuA 1962, 102

- Gotzen, Otfried: Anm. zum Urteil des BAG vom 21.1.1963, SAE 1963, 105
- Gros, Paul: AR-Blattei, Arbeitsausfall II Die Betriebsstörung
- AR-Blattei, Feiertage IV Verbot der Feiertagsarbeit
- AR-Blattei, Gratifikation I Übersicht
- AR-Blattei, Krankheit des Arbeitnehmers I Übersicht
- Grüll, Ferdinand: Das Arbeitsrecht der weiblichen Arbeitnehmer, 2. Aufl., Neuwied 1961
- Guhl, Theo: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluß des Handels-, Wechsel- und Versicherungsvertragsrechtes, 4. Aufl., Zürich 1948
- Gumpert, Jobst: Anm. zum Urteil des BAG vom 15.5.1964, BB 1964, 886
- Haberkorn, Kurt: Die Weihnachtsgratifikation, Wiesbaden 1966
- Weihnachtsgratifikation und Wehrdienst, MuA 1967, 39
- Hahnenfeld, Günther: Wehrpflichtgesetz, Kommentar, Losebl., München, Stand 1969
- Hefermehl, Wolfgang: Anm. zum Urteil des BAG vom 31.5.1960, AP Nr.15 zu § 611 BGB Gratifikation
- Heither, Friedrich H.: Das kollektive Arbeitsrecht in der Schweiz, Arbeits- und sozialrechtliche Studien, Heft 13, Stuttgart 1964
- Herschel, Wilhelm: Anm. zum Urteil des BAG vom 15.5.1964, SAE 1965, 6
- Hessel, Philipp: Krankheit im Arbeitsrecht, Schriften des Betriebs-Beraters, Heft 12, 2. Aufl., Heidelberg 1957
- Anm. zum Urteil des BAG vom 27.9.1962, BB 1963, 141
- Hey, Walther: Handbuch für den Zivilschutz und die zivile Verteidigung, Handbuch des Luftschutzes, Losebl., Köln, Berlin, Bonn, München, Stand 1967

- Hiersemann, Walter: Die Behandlung von Fehltagen im Arbeitsrecht, in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit, herausgeg. v. Gerhard Müller, Bd.1, S.93, Berlin 1964 (zitiert: Hiersemann, Jahrbuch)
- Hohn, Hannsjosef: Gratifikationen im Arbeits-, Lohnsteuer- und Sozialversicherungsrecht, Schriften des Betriebs-Beraters, Heft 32, Heidelberg 1963
- Hueck, Alfred - Nipperdey, Hans Carl: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band, 7. Aufl., Berlin u. Frankfurt a.M. 1963
- Zweiter Band, 6. Aufl., Berlin u. Frankfurt a.M. 1957
- Grundriß des Arbeitsrechts, 4. Aufl., Berlin u. Frankfurt a.M. 1968 (zitiert: Hueck-Nipperdey, Grundriß)
- Hueck, Alfred: Anm. zum Urteil des IAG Mannheim vom 7.8.1951, AP 52 Nr.200
- Anm. zum Urteil des BAG vom 29.6.1954, AP Nr.1 zu § 611 BGB Gratifikation
- Anm. zum Urteil des BAG vom 4.10.1956, AP Nr.4 zu § 611 BGB Gratifikation
- Anm. zum Urteil des BAG vom 27.6.1958, AP Nr.7 zu § 611 BGB Gratifikation
- Anm. zum Urteil des BAG vom 18.6.1958, AP Nr.6 zu § 615 BGB
- Anm. zum Urteil des BAG vom 18.1.1963, AP Nr.22 zu § 615 BGB
- Hueck, Götz: Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München 1958
- Grenzen der anspruchsbegründenden Wirkung der betrieblichen Übung, BB 1955, 800
- Die Rechtsprechung zur Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, DB 1956, 352, 377
- Anm. zum Urteil des BAG vom 3.9.1960, AP Nr.1 zu § 13 JArbSchG
- Anm. zum Urteil des BAG vom 13.3.1964, AP Nr.34 zu § 611 BGB Gratifikation

- Isele, Hellmut Georg: Anm. zum Urteil des BAG vom 8.12.1960,
SAE 1961, 218
- Jäger, Carl Hellmut: Krankheit des Arbeitnehmers, 2. Aufl.,
Freiburg i.Br. 1964
- Kaskel, Walter - Dersch, Hermann: Arbeitsrecht, 5. Aufl.,
Berlin 1957
- Kauffmann, Hermann: Das Betriebsrisiko nach der Rechtspre-
chung des Bundesarbeitsgerichts, DB 1957,
845
- Koch, Jürgen R.: Der Erfolg einer richtig geplanten und
durchgeführten Anwesenheitsprämie, MuA
1962, 135
- Kraft, Alfons: Anm. zum Urteil des BAG vom 30.3.1967,
SAE 1967, 267
- Kukuk, Werner: Die arbeitsrechtliche Behandlung von
Kuren und Schonzeiten im Betrieb, MuA
1967, 112
- Löwisch, Manfred: Zur Frage des Anspruchs auf Arbeitsentgelt
bei Betriebsstörungen infolge von Arbeits-
kämpfen, DB 1963, 899
- von Mangoldt, Hermann - Klein, Friedrich: Das Bonner Grund-
gesetz, Bd.II, 2. Aufl., Berlin u. Frank-
furt a.M. 1964
- Martinek, Oswin - Schwarz, Walter: Angestelltengesetz, Kom-
mentar, Schriftenreihe des österrei-
chen Gewerkschaftsbundes Nr.1, Wien 1965
- Masson, Christoph: Bayerische Kommunalgesetze, Losebl.,
München, seit 1952
- Maunz, Theodor - Dürig, Günter - Herzog, Roman: Grundgesetz,
Kommentar, Losebl., München, Stand 1968
- Maus, Wilhelm: Handbuch des Arbeitsrechts, Losebl.,
Frankfurt a.M., seit 1948
- Mayer-Maly, Theo - Nipperdey, Hans Carl: Risikoverteilung
in mittelbar von rechtmäßigen Arbeits-
kämpfen betroffenen Betrieben, Recht und
Staat Nr.304/305, Tübingen 1965
- Mayer-Maly, Theo: Die Weihnachtsremuneration, JB 1956, 196,
220
- Zum Verständnis der Kampfparität, RdA
1968, 432
- Anm. zum Urteil des BAG vom 28.3.1963,
AP Nr.24 zu § 1 HausarbTagsG NRW

- Mayer-Maly, Theo: Anm. zum Urteil des BAG vom 15.5.1964,
AP Nr.35 zu § 611 BGB Gratifikation
- Anm. zum Urteil des BAG vom 30.3.1967,
AP Nr.58 zu § 611 BGB Gratifikation
- Meisel, Peter - Hiersemann, Walter: Mutterschutzgesetz,
Kommentar, Berlin 1966
- Molitor, Erich: Sonderzuwendungen, RdA 1952, 124
- Neumann-Duesberg, Horst: Der Lohn- und Gehaltsanspruch des
Arbeitnehmers bei vom Arbeitgeber ver-
schuldeter Arbeitsunfähigkeit, DB 1969,
261, 305
- Anm. zum Urteil des BAG vom 7.12.1956,
AP Nr.7 zu § 616 BGB
- Nikisch, Arthur: Arbeitsrecht, Erster Band, 3. Aufl., Tü-
bingen 1961, Zweiter Band, 2. Aufl., Tü-
bingen 1959
- Streik und Arbeitnehmer, BB 1952, 721
- Anm. zum Urteil des BAG vom 18.12.1964,
AP Nr.51 zu § 611 BGB Gratifikation
- Nipperdey, Hans Carl: Arbeitsrecht, Sammlung der wichtigsten
in Gesamtdeutschland, in der Bundesrepublik,
in ihren Ländern einschließlich Berlins
geltenden arbeitsrechtlichen Vorschriften,
Losebl., München, seit 1949
- Osswald, Richard: Anm. zum Urteil des BAG vom 27.6.1958,
SAE 1959, 9
- Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen,
28. Aufl., §§ 241-432 bearbeitet von
Bernhard Danckelmann - Helmut Heinrichs;
§§ 433-630 bearbeitet von Hans Putzo;
§§ 1297-1921 bearbeitet von Wolfgang Lau-
terbach, München 1969
- Riedel, Hermann: Jugendarbeitsschutzgesetz mit See-Jugend-
arbeitsschutzrecht, Hamburg, Berlin, Bonn
1961
- Rosenberg, Leo: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts,
9. Aufl., München 1961
- Rößler, Waldemar: Muß der Arbeitgeber an einberufene Arbeit-
nehmer Sonderleistungen weitergewähren?
DB 1959, 624

- Sahmer, Heinz: Gesetz über den Schutz des Arbeitsplatzes bei Einberufung zum Wehrdienst (Arbeitsplatzschutzgesetz) nebst ergänzenden Vorschriften, Kommentar, 2. Aufl., Berlin 1965
- Zur Frage des Anspruchs auf eine Weihnachts-Gratifikation während der Teilnahme an einer Eignungsübung, BB 1956, 1141
- Schelp, Günther - Trieschmann, Günther: Das Arbeitsverhältnis im Krankheitsfalle, Handbuch, Köln, Bonn, Berlin 1958
- Schelp, Günther: Arbeitsrechtliche Fragen bei der Einberufung zum Wehrdienst, BB 1957, 404
- Schlegelberger, Franz: Handelsgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl., 1. Band, §§ 59-104 bearbeitet von Georg Schröder, Berlin u. Frankfurt a.M. 1960
- Schlessmann, Karl: Die Weihnachtsgratifikation, DB 1960, 1335
- Schmatz, Hans - Fischwasser, Gerd: Das Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle, Kommentar, 4. Aufl., Berlin 1961
- Schnorr von Carolsfeld, Ludwig: Arbeitsrecht, 2. Aufl., Göttingen 1954
- Arbeitsrechtliche Probleme an staatlich geschützten Feiertage, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band II, S.625, München u. Berlin 1965
- Besprechung von: Götz Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München 1958, in ZgGenW Bd.10 (1960), S.162.
- Die rechtlichen Grundsätze des Lehrlingsproblems, RdA 1959, 206
- Die Eigenständigkeit des Arbeitsrechts, RdA 1964, 297
- Anm. zum Urteil des BAG vom 29.3.1957, AP Nr.5 zu Art.9 GG Arbeitskampf
- Anm. zum Urteil des BAG vom 13.5.1958, AP Nr.4 zu § 1 ArbKrankhG
- Anm. zum Urteil des BAG vom 14.3.1962, AP Nr.21 zu § 615 BGB

- Schnorr von Carolsfeld, Ludwig: Anm. zum Urteil des BAG vom 18.1.1963, SAE 1963, 183
- Schulte Langforth, Marie - Welzel, Karl: Jugendarbeitsschutzgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Berlin u. Frankfurt a.M. 1966
- Schwedes, Rolf: Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts von April bis Dezember 1964, BABl. 1966, 169
- Siebert, Wolfgang: Beiträge zum System des geltenden Arbeitsrechts, RdA 1959, 167
- Siebrecht, Fritz: Das Recht im Arbeitskampf, 3. Aufl., Köln 1964
- Soergel-Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd.2 Schuldrecht I, 10. Aufl., § 242 bearbeitet von W. Siebert u. W. Knopp, Stuttgart 1967; II. Band, 9. Aufl., §§ 611-630 bearbeitet von O. Wlotzke u. A. Volze, Stuttgart 1962
- Stahlhacke, Eugen: Arbeitsrechtliche Vorschriften, in: Eberhard Fuhr, Kommentar zur Gewerbeordnung, Losebl., Neuwied, Stand 1968 (zitiert: Stahlhacke, GewO)
- Bundesurlaubsgesetz mit Nebenbestimmungen, Kommentar, 2. Aufl., Berlin-Spandau 1968
- von Staudinger, J.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl., II. Band, 3. Teil, §§ 611-630 erläutert von Heinz Mohnen u. Dirk Neumann, Berlin 1958
- Sturn, H.: Gewährung von Anwesenheitsprämien an Arbeitnehmer im allgemeinen zulässig, Inf. 1961, 198
- Thumser, Walter: Gesetz zum Schutze der arbeitenden Jugend (Jugendarbeitsschutzgesetz), Kommentar, Losebl., München, Stand 1966
- Tomandl, Theodor: Sonderzahlungen im Karenzurlaub, JB 1960, 109
- Streik und Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfes, Wien, New York 1965 (zitiert: Tomandl, Streik)
- Trappe, Hermann: Die Anwesenheitsprämie, BB 1966, 128

- Trieschmann, Günther: Anm. zum Urteil des BAG vom 11.6.1964,
AP Nr.36 zu § 611 BGB Gratifikation
- Anm. zum Urteil des BAG vom 29.3.1965,
AP Nr.52 zu § 611 BGB Gratifikation
- Anm. zum Urteil des BAG vom 30.3.1967,
ArbuR 1968, 223
- Voss, H.: Rechtsnatur und Behandlung der Gratifikation, Diss. Göttingen 1927
- Weichner, Mathilde: Die Gratifikation, Diss. München 1957
- Weiß, Albrecht - Hilger, Marie-Luise - Breuer, N.: Weihnachtsgratifikationen und andere Sonderzuwendungen des Betriebes, 13. Beiheft zu Mensch und Arbeit, München u. Düsseldorf 1952
- Wlotzke, Otfried: Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts - Übersicht mit Anmerkungen für die Zeit von Januar bis März 1963, BABl. 1963, 693
- Wuttke, Achim: Anwesenheitsprämie und ähnliche Belohnungsarten, Diss. Köln 1967
- Zigan, Herbert: Die Weihnachtsgratifikation - Hinweise für die betriebliche Praxis, 3. Aufl., Düsseldorf 1952
- Zöllner, Wolfgang: Anm. zum Urteil des BAG vom 27.9.1962, SAE 1963, 66
- ohne Verfasser: Sind Anwesenheitsprämien arbeitsrechtlich zulässig? RdW 1962 Nr.532
- Die Weihnachtsgratifikation, WA 1960, 169

Abkürzungsverzeichnis

ABlBayerArbMin	Amtsblatt des Bayerischen Staatsministeriums für Arbeit und soziale Fürsorge
AngG	Angestelltengesetz (österr.)
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
AppG	Appellationsgericht
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGeb	Arbeitgeber
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
ArbKrankhG	Arbeiterkrankheitsgesetz
ArbN	Arbeitnehmer
ArbPlSchG	Arbeitsplatzschutzgesetz
ArbR	Arbeitsrecht
ArbuR	Arbeit und Recht
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung
ARSt	Arbeitsrecht in Stichworten
Aufl.	Auflage
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung von 1927
BABl.	Bundesarbeitsblatt
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAT	Bundesangestelltentarif
BayBG	Bayerisches Beamten-gesetz
BB	Betriebsberater

BBG	Bundesbeamtengesetz
BetrVerfG	Betriebsverfassungsgesetz
BezWG	Bezirkswahlgesetz
BezO	Bezirksordnung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BlStSozArbR	Blätter für Steuer-, Sozial- und Arbeitsrecht
BSozG	Bundessozialgericht
Bundesanz.	Bundesanzeiger
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BV	Bayerische Verfassung
BWahlG	Bundeswahlgesetz
BWahlO	Bundeswahlordnung
DB	Der Betrieb
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
Diss.	Dissertation
DVO	Durchführungsverordnung
EhrRiEntschG	Gesetz über die Entschädigung der ehrenamtlichen Richter
Entsch.	Entscheidung
Entsch.Kal.	Entscheidungskalender
ErsDiG	Gesetz über den zivilen Ersatzdienst
EübG	Eignungsübungsgesetz
FeiertagsG	Feiertagsgesetz
FeiertLohnzG	Gesetz über die Lohnzahlung an Feier- tagen
Festschr.	Festschrift
Fußn.	Fußnote

GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GO	Gemeindeordnung
GrS	Großer Senat
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWG	Gemeindewahlgesetz
GWO	Gemeindewahlordnung
HausarbTagsG	Hausarbeitstagsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
Inf.	Die Information über Steuer und Wirtschaft
JAG	Jugendamtsgesetz
Jahrb.	Jahrbuch
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
JB	Juristische Blätter (österr.)
KJBG.	Gesetz über die Beschäftigung von Kindern und Jugendlichen vom 1.7.1948 (österr.)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LKrO	Landkreisordnung
LKrWG	Landkreiswahlgesetz
Losebl.	Loseblattsammlung
LWG	Landeswahlgesetz
MTL II	Mantel-Tarifvertrag für Arbeiter der Länder
MuA	Mensch und Arbeit
MuSchG	Mutterschutzgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	Nordrhein-Westfalen

ObG	Obergericht
OLG	Oberlandesgericht
PersVG	Personalvertretungsgesetz
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAGE	Entscheidungen des Reichsarbeits- gerichts
RdA	Recht der Arbeit
Rdnr.	Randnummer
RdW	Rechtsarchiv der Wirtschaft
RVO	Reichsversicherungsordnung
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Ent- scheidungen
SchwBG	Schwerbeschädigtengesetz
Sen.	Senat
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SJZ	Schweizer Juristenzeitung
StAnz	Staatsanzeiger
StPO	Strafprozeßordnung
ständ. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TV	Tarifvertrag
TVG	Tarifvertragsgesetz
Verf.	Verfassung
VO	Verordnung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WA	Westdeutsche Arbeitsrechtsprechung
WehrpflG	Wehrpflichtgesetz
Weim.Verf.	Weimarer Verfassung
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozial- recht (österr.)

ZBG	Gesetz über Maßnahmen zum Schutz der Zivilbevölkerung (Luftschutz- gesetz)
ZeuEntschG	Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen
ZgGenW	Zeitschrift für das gesamte Genossen- schaftswesen
ZPO	Zivilprozeßordnung
zust.	zustimmend

E i n l e i t u n g

1. Seit ihrer Einrichtung vor über 40 Jahren hat sich die Arbeitsgerichtsbarkeit immer wieder mit Problemen aus dem Bereich der Gratifikation zu befassen. Das hängt wohl einmal damit zusammen, daß es sich um ein Gebiet handelt, für das gesetzliche Regelungen fehlen, das also hauptsächlich von Tarifparteien, Wissenschaft und Rechtsprechung gestaltet wird, zum anderen liegt es vermutlich daran, daß dieser Fragenkreis in vielen Arbeitsverhältnissen von einiger praktischer Bedeutung ist und Wandlungen des Arbeitslebens sich regelmäßig hier widerspiegeln. Dieser Zusammenhang zeigt sich auch an der Entwicklung der Rechtsprechung. Ging es dort zunächst vorwiegend um den Anspruch der Belegschaftsmitglieder und später um ihre Gleichbehandlung, so verschob sich mit fortschreitendem Arbeitskräftemangel infolge des wirtschaftlichen Aufschwungs der Nachkriegszeit das Schwergewicht in Richtung auf die Möglichkeiten einer betrieblichen Bindung der Arbeitnehmer; seit Beginn dieses Jahrzehnts bilden die inzwischen für diesen Zweck fast überall verwendeten Rückzahlungsklauseln das Hauptthema. Parallel dazu verlief die wissenschaftliche Erörterung im Schrifttum.

Als nun infolge der Arbeitsmarktlage der jüngsten Vergangenheit in den Betrieben laufend steigende Arbeitsausfälle und ein vermutlich nicht unerheblicher unechter Krankenstand registriert wurden, lag es nahe, in die Überlegungen, wie diesen Tendenzen wirksam entgegenzutreten sei, auch die betrieblichen Sozialleistungen aufzunehmen. So entstanden erste Versuche, die Gratifikation mit den Fehlzeiten der Arbeitnehmer in Beziehung zu setzen und sie dadurch für eine Erhöhung der Arbeitsproduktivität nutzbar zu machen. Damit ergab sich die Frage,

inwieweit die Gratifikation rechtlich und praktisch geeignet sei, nunmehr zusätzlich Aufgaben zu übernehmen, wofür bisher allenfalls ein eigenes Mittel, nämlich die sogenannte Anwesenheitsprämie, eingesetzt wurde.

Von der rechtlichen Seite her blieb die Behandlung dieses Problemkreises im wesentlichen auf einige höchststrichterliche Entscheidungen zu Fällen von Krankheit, Schwangerschaft und Arbeitskampf beschränkt. Im Schrifttum sind außer Urteilsanmerkungen nur einzelne Untersuchungen allgemeinerer Art über Anwesenheitsprämien zu finden, ohne daß dabei die besondere Problematik der Verbindung mit der Gratifikation näher erörtert worden wäre. Lediglich W u t t k e ¹ hat diesem Fragenkomplex ein besonderes Kapitel gewidmet; auch bei ihm liegt der Schwerpunkt der Darstellung aber im Bereich der reinen Anwesenheitsprämie.

2. Die vorliegende Arbeit will nun versuchen zu klären, ob und inwieweit die Gratifikation nach den Fehlzeiten der Arbeitnehmer ausgerichtet werden kann. Dazu soll insbesondere überprüft werden, ob eine Unterscheidung nach der Ursache des Ausfalls, dem Verschulden eines der Beteiligten oder der jeweils bestehenden Entgeltregelung erforderlich ist und welche Gestaltungsform dem Arbeitgeber hierbei zur Verfügung stehen.
3. Die Untersuchung beschränkt sich auf die freiwillige Gratifikation. Für diese Situation, in der der Unternehmer den geringsten Bindungen unterliegt, sollen die Grenzen abgesteckt werden; damit ergibt sich der äußerstenfalls zur Verfügung stehende Spielraum, der dann in anderen Fällen - je nach Umfang und Intensität des Anspruchs der Arbeitnehmer - mehr oder weniger eingeschränkt ist.

1) Anwesenheitsprämie und ähnliche Belohnungsarten, jur.Diss., Köln 1966, S.107 ff.

Außer Betracht müssen dabei solche Probleme bleiben, die hier nur als Vorfragen Bedeutung gewinnen können und bei näherer Behandlung den Rahmen der Arbeit sprengen würden, wie z.B. die Frage der Anwendbarkeit von Grundrechten im Arbeitsvertragsrecht, der Grenzziehung für das Verschulden des Arbeitnehmers bei Krankheit, der Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen und ähnliche mehr.

4. Methodisch geht die Arbeit induktiv vor. Nach Erörterung der grundsätzlichen Frage, ob die Gratifikation wesensmäßig einer Koppelung mit den Arbeitsversäumnissen zugänglich ist, werden die häufigeren Ausfallursachen zunächst einzeln behandelt und anschließend auf ihre Konkurrenzmöglichkeiten hin analysiert. Sodann wird geprüft, ob sich aus den gefundenen Ergebnissen allgemeine Grundsätze für das Verhältnis von Gratifikation und Fehlzeiten ableiten lassen. Zum Schluß sollen noch die bekanntgewordenen Gestaltungsmöglichkeiten der Gratifikation auf ihre rechtliche Zulässigkeit und Eignung für den vorgesehenen Zweck hin untersucht werden.

Erster Teil :

§ 1 Grundsatzproblematik

A. Ist die Berücksichtigung von Fehlzeiten mit dem Wesen der Gratifikation vereinbar?

1. Nach der üblichen Begriffsbestimmung¹ ist die Gratifikation eine besondere Vergütung², die dem Arbeitnehmer (ArbN) aus bestimmtem Anlaß neben dem gewöhnlichen Entgelt zur Anerkennung geleisteter Dienste gewährt wird. Meist wird sie auch als Ansporn zu weiterem Verbleiben im Betrieb und zu künftiger treuer Arbeit gedacht sein. Je nach dem Grund der Ausschüttung kommen noch weitere Zwecke in Betracht, etwa bei der Weihnachtsgratifikation der einer besonderen Festgabe und Beihilfe für die damit verbundenen erhöhten Auslagen³.

Wird dabei das Merkmal der regelmäßigen Anwesenheit im Betrieb auch nicht ausdrücklich angesprochen, so ist es doch ebensowenig von vornherein ausgeschlossen. Entsprechend den Fehlzeiten des ArbN schwankt ja sein Beitrag

-
- 1) Z.B. RAG ARS 33, 216, 218; 35, 144, 145; BAG AP Nr.1 zu § 611 BGB Gratifikation; BSozG AP Nr.9 zu § 13 MuSchG; Gros, AR-Blattei, Gratifikation I Übersicht A II; Haberkorn, Die Weihnachtsgratifikation, 1966, S.11 f.; Hohn, Gratifikationen im Arbeits-, Lohnsteuer- und Sozialversicherungsrecht, 1963, S.11; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl. 1963, Bd.I, § 42 IV 1, S.305 f.; Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, IV G III 1, S.206; Nikisch, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1961, Bd.I, § 32 IV 1, S.410; Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1954, § 7 B III 5, S.193; Wuttke, S.13.
 - 2) Es handelt sich also um keine Schenkung; allg.M., z.B. BAG AP Nr.1 zu § 611 BGB Gratifikation; Gros, AR-Blattei, Gratifikation I A III; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 42 IV 1, S.307; Nikisch, Bd.I, § 32 IV 1, S.410; für den Regelfall auch Schnorr von Carolsfeld, § 7 B III 5 b, S.194.
 - 3) So z.B. BAG AP Nr.1 (II) zu § 611 BGB Gratifikation.

zum Betriebsergebnis; bemißt der Arbeitgeber (ArbGeb) hiernach die Gratifikation, so differenziert er lediglich seine "Anerkennung geleisteter Dienste" nach deren Umfang⁴.

Begrifflich steht somit dem Ausrichten der Gratifikation nach dem Erfolgsbeitrag und damit der Anwesenheit des ArbN kein unüberwindliches Hindernis entgegen.

2. Betrachtet man die Geschichte der Gratifikation, läßt sich in zweifacher Hinsicht ein beträchtlicher Wandel feststellen⁵. Einmal bezüglich des Rechtsanspruchs: Aus der zunächst völlig freiwilligen Sonderzuwendung des ArbGeb wurde eine weitgehend tarifvertraglich abgesicherte Leistung, die nahezu als Lohnbestandteil anzusehen ist, ohne daß aber deswegen ursprüngliche Gestalt und Zwischenformen aus der Praxis verschwunden wären⁶. Eine ähnliche Beobachtung ist bei der Zweckrichtung zu machen. Hatten dort anfangs das soziale Element (Festgabe) und die Anerkennung zurückliegender Leistungen das Hauptgewicht, so schob sich binnen weniger Jahre im Zeichen steigenden Bedarfs an Arbeitskräften die Bindung der Belegschaft an den Betrieb in den Vordergrund⁷.

Die historische Entwicklung zeigt demnach, daß die Gratifikation institutionell keineswegs so ausgeprägt ist,

-
- 4) Auch das BAG (AP Nr.58 (2) zu § 611 BGB Gratifikation) stellt neuerdings den betrieblichen Erfolg als Gratifikationsfaktor heraus.
- 5) BAG AP Nr.36 (B II 2) zu § 611 BGB Gratifikation.
- 6) Nikisch, Anm. zu AP Nr.51 zu § 611 BGB Gratifikation.
- 7) Noch 1954 hatte das BAG (AP Nr.1 (II) zu § 611 BGB Gratifikation) die Möglichkeit des rechtlichen Ziels einer Betriebsbindung für die Zukunft vom Wesen der Gratifikation her verneint, ab 1960 (AP Nr.15 zu § 611 BGB Gratifikation) sie dann aber aus dem Gedanken der Vertragsfreiheit heraus in ständiger Rechtsprechung bejaht.

daß sie Zweckänderungen nicht zugänglich wäre⁸. Auch von diesem Gesichtspunkt her erscheint deshalb ein Abstellen auf die betriebliche Anwesenheit des ArbN nicht unmöglich.

3. Nun ließe sich allerdings einwenden, dadurch werde die Zweckrichtung so weit verschoben, daß von den drei gratifikationsprägenden Komponenten (Bindung, Belohnung und Ausgabenbeitrag) nur noch eine übrig bliebe⁹ - und auch diese nur unter dem einseitigen Blickwinkel der Arbeitsversäumnis -, daß also insgesamt ein aliud¹⁰ entstünde, das nicht mehr als Gratifikation bezeichnet werden dürfe.

Daran ist sicherlich richtig, daß diese in der Liberalität wurzelnde Zuwendung durch eine solche Zweckbestimmung weiter kommerzialisiert und in die Richtung des synallagmatischen Austauschverhältnisses gedrängt wird, so daß der ursprüngliche Name in der Bedeutung von gratificatio = Gefälligkeit und Wohltat des ArbGeb kaum noch Berechtigung hat¹¹. Diese Veränderung hängt jedoch keineswegs allein mit der Berücksichtigung von Fehlzeiten zusammen, sondern wurde in der Hauptsache schon durch das Eindringen der inzwischen allgemein anerkannten Rückzahlungsklauseln¹² herbeigeführt.

-
- 8) AP Nr.20 (2), Nr.36 (B II 2) zu § 611 BGB Gratifikation; Hefermehl, Anm. zu AP Nr.15 zu § 611 BGB Gratifikation.
- 9) Trieschmann, Anm. zu AP Nr.36 (III 4) zu § 611 BGB Gratifikation (dort im Hinblick auf den Sockelbetrag bei Rückzahlungsklauseln); zweifelnd auch Mayer-Maly, Anm. zu AP Nr.35 zu § 611 BGB Gratifikation.
- 10) Mayer-Maly sieht hierin eine falsa demonstratio (Anm. zu AP Nr.35 zu § 611 BGB Gratifikation).
- 11) BAG AP Nr.36 (B II 2) zu § 611 BGB Gratifikation.
- 12) Ständige Rechtsprechung seit BAG AP Nr.15 zu § 611 BGB Gratifikation.

Man wird diese Entwicklung als Erscheinung der in der gesamten Wirtschaft zum Ausdruck kommenden Leistungssteigerungs- und Rationalisierungstendenz zu werten haben, die auch vor den Sozialleistungen des ArbGeb nicht haltmacht. Ob einem derartigen Zug der Zeit mit der Berufung auf die herkömmliche Bedeutung eines Begriffs wirksam entgegengetreten werden kann und soll, erscheint zweifelhaft, zumal sich das gewandelte Verständnis der Gratifikation auch im Arbeitsleben bereits durchgesetzt hat. Muß es nicht vielmehr das Bestreben sein, in Rechtsprechung und Wissenschaft für zwangsläufige Entwicklungen die nötigen rechtlichen Formen bereitzustellen, ohne allzu sehr an festen Begriffsbildern zu haften? Denn sicherlich läßt sich das Leben nicht den Begriffen anpassen, wohl aber können diese sich nach den Erscheinungsformen des Lebens richten.

4. Bei dieser Konzeption gerät die Gratifikation¹³ zwar in beträchtliche Nähe zur reinen Anwesenheitsprämie, trotzdem bleiben aber einige Unterschiede weiter bestehen. Während die reine Anwesenheitsprämie im allgemeinen laufend bezahlt wird und von ihrer Zweckrichtung her alle Fehlzeiten im Ergebnis stark zur Auswirkung kommen läßt, geschieht die Ausschüttung der als modifizierte Anwesenheitsprämie ausgestalteten Gratifikation weiterhin meist ein- oder zweimal jährlich zu bestimmten Anlässen (etwa Weihnachten und Urlaub). Weil den Ausfällen dabei als Vergleichsgröße die gesamte Jahresarbeitsleistung gegenübersteht, werden ihre Folgen wesentlich gemildert.

13) Das BAG prägt hierfür den Begriff der modifizierten Anwesenheitsprämie (AP Nr.35 (2) zu § 611 BGB Gratifikation; zustimmend Mayer-Maly); Herschel spricht in SAE 1965, 6 (1) von Gratifikation u n d Anwesenheitsprämie.

Im Gegensatz zur Gratifikation dieser Form, bei der der Anknüpfungspunkt die unterschiedliche Mitwirkung am betrieblichen Erfolg ist, wird die reine Anwesenheitsprämie unabhängig von jedem wirtschaftlichen Ergebnis als Gegenleistung für die bloße Anwesenheit, also das Zur-Verfügung-Stellen der Arbeitskraft, bezahlt¹⁴.

Neben dem Anerkennungsgedanken (der allerdings bei reiner Anwesenheitsprämie ebenfalls noch erhalten sein kann) ist bei einer derartigen Gratifikation aber auch das Prinzip der Aufwendungsbeihilfe nicht völlig untergegangen. Dies zeigt schon der Zeitpunkt der Auszahlung; dadurch steht dem ArbN gerade im Augenblick erhöhten Mittelbedarfs eine häufig beträchtliche Summe zur Verfügung, während laufende, ratenweise Zahlung des gleichen Betrages nicht denselben Effekt hätte.

Bei der Bestimmung der Berechnungsmodalitäten werden ferner die Arbeitsversäumnisse im allgemeinen nicht einziger Bemessungsfaktor sein¹⁵, so daß auch von der Höhe her soziale Gesichtspunkte einen gewissen Einfluß behalten. Außerdem ist es dem ArbGeb unbenommen, eine an der betrieblichen Mitarbeit orientierte Gratifikation mit der heute allgemein üblichen Rückzahlungsklausel zu koppeln und damit noch das Merkmal der Bindung für die Zukunft in den Zweckgehalt einzufügen. Bei einer laufenden, wöchentlichen oder monatlichen Anwesenheitsprämie ist dagegen eine solche Rückzahlungsklausel kaum vorstellbar¹⁶.

14) Wuttke, S.71, 73.

15) BAG AP Nr.58 (2) zu § 611 BGB Gratifikation; Mayer-Maly, Anm. zu AP Nr.35 zu § 611 BGB Gratifikation; Wuttke, S.14.

16) Abgelehnt etwa vom LAG Stuttgart, WA 1964, S.147.

Diese Unterschiede dürften es sachlich rechtfertigen, eine abweichende Bezeichnung zu gebrauchen, wofür sich der bisherige Name anbietet¹⁷.

Da die Abgrenzung, die unter Umständen äußerst schwierig ist¹⁸ - die Übergänge können fließend sein (etwa bei Zahlung der Gratifikation in Teilbeträgen) -, für die hier zu untersuchende Frage nichts ergibt, sei auf eine nähere Erörterung verzichtet, zumal eine Darstellung aller in Betracht kommenden Zwischenstufen kaum möglich sein dürfte. Ausgegangen wird von einer in der bisherigen Form gezahlten Gratifikation; für sie soll die Berücksichtigungsmöglichkeit von Arbeitsausfällen geprüft werden. Denkbar wäre es allerdings, daß bei einer reinen Anwesenheitsprämie wegen ihrer Zweckbeschränkung allein auf die Bekämpfung von Fehlzeiten die Gestaltungsmöglichkeiten des ArbGeb weiter gingen.

5. Nachdem sich herausgestellt hat, daß der Begriff der Gratifikation einer Einbeziehung der betrieblichen Anwesenheit nicht entgegensteht, sein Inhalt schon bisher Wandlungen unterworfen war und nicht in bestimmter Richtung endgültig fixiert ist und daß schließlich die Eigenständigkeit der Gratifikation auch bei Berücksichtigung der Ausfallzeiten noch hinreichend gewahrt bleibt, wird man diese Gestaltungsform als mit dem Wesen der Gratifikation vereinbar anzusehen haben¹⁹.

17) Im Ergebnis ebenso Hohn (S.26), der eine Gratifikation in dieser Form neben reiner Anwesenheitsprämie für zulässig hält.

18) Gumpert, BB 1964, 886 (1).

19) So auch Trieschmann, ArbuR 1968, 223 (2).

B. Zulässigkeit und Grenzen von Mittel und Zweck

1. Zulässigkeit des angestrebten Ziels

a) Gegen eine solche "modifizierte Anwesenheitsprämie"²⁰ können sich Bedenken aus der Überlegung heraus ergeben, bei derartiger Gestaltung werde nur selbstverständliche Pflichterfüllung zusätzlich honoriert²¹, so daß zwar rein äußerlich eine Sonderzuwendung vorliege, in Wirklichkeit aber eine bloße Lohnzulage gegeben sei. Demgegenüber wird jedoch darauf hinzuweisen sein, daß ja die Gratifikation in der traditionellen Form ebenfalls nicht auf Spitzenkräfte beschränkt ist, sondern normalerweise auch allen ArbN zugute kommt, die nur durchschnittliche Leistungen erbringen, was ja nichts anderes darstellt als selbstverständliche Pflichterfüllung²².

b) Vor allem aber ist anzuerkennen, daß der ArbGeb ein berechtigtes Interesse daran hat, die Leistungen, die er neben dem eigentlichen Arbeitsentgelt gewährt, zur Erzielung bestmöglicher Betriebsergebnisse einzusetzen²³. Ein solches Bestreben muß naturgemäß auf die jeweiligen Belange des Arbeitsmarktes Rücksicht nehmen und daher in seinen Formen anpassungsfähig sein. Wie der Arbeitskräftemangel zur Schaffung der

20) Zur Terminologie s. Fußn.13.

21) Haberkorn, S.12 f.; Trappe, Die Anwesenheitsprämie, BB 1966, 128 (4) mit Hinweis auf BAG AP Nr.24 zu § 59 Betr-VerfG; das BAG trennt in dieser Entscheidung jedoch deutlich zwischen einer Lohnzulage, die dann vorliege, wenn nur bei unentschuldigtem Fehlen Abzüge vorgenommen würden, und einer sog. Anwesenheits- u. Pünktlichkeitsprämie, die auch bei entschuldigter Abwesenheit gekürzt werden könne.

22) Im Ergebnis ebenso Wuttke, S.21.

23) Schwedes, BABl. 1966, 169 (I 2); Mayer-Maly, Anm. zu AP Nr.24 zu § 1 HausarbTagsG NRW.

Rückzahlungsklausel führte, so läßt es die damit zusammenhängende gesunkene Arbeitsmoral, die sich in "Krankfeiern", unentschuldigtem Fehlen und Unpünktlichkeit äußert, zweckmäßig erscheinen, die für die Gratifikation verwendeten Mittel nicht nur zur Bindung, sondern auch zur Leistungssteigerung der ArbN nutzbar zu machen.

- c) In der Rechtsprechung des BAG wurde die Problematik der Koppelung von Sonderleistungen mit der Anwesenheit im Betrieb erstmals im Jahre 1963 bei einer Entscheidung zum Hausarbeitstag²⁴ erörtert und hat seitdem Justiz und Wissenschaft wiederholt beschäftigt²⁵. Daraus kann entnommen werden, daß in der Praxis ein erhebliches Bedürfnis besteht, auch auf diesem Wege zur Erhöhung der Arbeitsproduktivität beizutragen.

2. Zulässigkeit des verwendeten Mittels

- a) Wie bereits angedeutet, stellt die Ausrichtung der Gratifikation nach den Fehlzeiten der Arbeitnehmer eine differenzierende Anerkennung der geleisteten Dienste durch den ArbGeb dar. Daß dieser die Beschäftigten, die das ganze Jahr über ohne Arbeitsversäumnis zum betrieblichen Erfolg beigetragen haben, finanziell in höherem Maße bedenken will als die zeitweise Abwesenden, erscheint als durchaus angemessene Unterscheidungsmaxime.

24) AP Nr.24 zu § 1 HausarbTagsG NRW; tangiert wird diese Frage schon in AP Nr.7 zu § 611 BGB Gratifikation, wo es um den Ausschluß der bei Zahlung der Gratifikation gerade streikenden ArbN ging.

25) Z.B. BAG AP Nr.16 zu § 2 ArbKrankhG; AP Nr.35 zu § 611 BGB Gratifikation mit Anm. Mayer-Maly und Besprechungen von Gumpert (BB 1964, 886), Herschel (SAE 1965, 6) und Schweedes (BABl. 1966, 169 I 2); AP Nr.58 zu § 611 BGB Gratifikation mit Anm. Mayer-Maly sowie weitere Entscheidungen der Instanzgerichte.

- b) Das Bedenken M a y e r - M a l y s ²⁶, die bloße Anwesenheit sei nicht ohne weiteres mit dem tatsächlichen Anteil am Betriebsergebnis gleichzusetzen, hat natürlich eine gewisse Berechtigung, weil dafür auch die unterschiedliche Leistungsfähigkeit der ArbN und ihre Einsatzbereitschaft eine wesentliche Rolle spielen; außerdem ist vorübergehendes Fehlen oftmals durch erhöhte Anstrengung wieder auszugleichen²⁷.

Um die individuelle Tüchtigkeit aber im Rahmen des Erfolgsbeitrages berücksichtigen zu können, bedürfte es einer quantitativen Vergleichsgröße, die sich mit den jeweiligen Ausfällen in Beziehung setzen ließe. Da eine solche jedoch kaum oder jedenfalls nur unter so großen Schwierigkeiten zu gewinnen sein wird, daß der hierzu erforderliche Aufwand dem ArbGeb nicht zumutbar wäre, muß es ihm bei freiwilligen Leistungen anheimgestellt bleiben, von den reinen An- und Abwesenheitszeiten auszugehen.

3. Grenzen dieser Gestaltungsform

Sind damit sowohl das erstrebte Ziel, nämlich die Einschränkung der betrieblichen Fehlzeiten, als auch das dazu eingesetzte Mittel (Staffelung der Gratifikation nach dem persönlichen Erfolgsbeitrag) im Prinzip als sachgerecht anzuerkennen, muß auch ihre Verbindung grundsätzlich zulässig sein²⁸, sofern nicht im Einzelfall zwingende gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen.

26) Anm. zu AP Nr.58 zu § 611 BGB Gratifikation.

27) Ein Bemühen um gesteigerte Pflichterfüllung verlangt ausdrücklich das LAG Bremen (AP 53 Nr.205).

28) BAG AP Nr.58 (2) zu § 611 BGB Gratifikation; ebenso für Anwesenheitsprämie: BAG AP Nr.16 zu § 2 ArbKrankhG; LAG Bayern, AB1BayerArbMin 1967 C, 10; Wlotzke, BAB1. 1963, 693 (II).

Als Angriffspunkte kommen dabei die beiden Einzelkomponenten wie auch ihre Verbindung in Betracht.

- a) Rechtswidrigkeit des Zieles läge dann vor, wenn durch den Einsatz der Zuwendung unabdingbare Normen umgangen werden sollten²⁹. Dieser Vorwurf dürfte jedoch bei einer Regelung, die nicht einzelne, gesetzlich geschützte Arten von Fehlzeiten bekämpft, sondern diese insgesamt einzuschränken trachtet, kaum begründet sein³⁰.

Zwar kann auch in diesem Fall für die Arbeitnehmer eine Interessenkollision auftreten, nämlich ein Widerstreit zwischen dem Bestreben, möglichst das Höchstmaß finanzieller Zuwendungen zu erhalten, und dem Recht, unter bestimmten Umständen der Arbeit fernzubleiben; diese Konfliktsituation wird hier aber nicht mit Absicht herbeigeführt, sondern ist eine zwangsläufige Folge, die als Nebenwirkung einer grundsätzlich berechtigten Zweckbestimmung in Kauf genommen werden muß.

- b) Das benutzte Mittel verstößt gegen die Rechtsordnung, soweit nach dem ausdrücklichen oder schlüssigen Willen des Gesetzgebers gewisse Fehlzeiten mit der Arbeit im Betrieb gleichzusetzen sind. Das bedeutet jedoch nicht, daß deshalb die Berücksichtigung von Arbeitsversäumnissen bei der Gratifikation generell untersagt wäre; ein solches Differenzierungsverbot wird vielmehr auf ganz bestimmte Ausfallursachen zu beschränken sein.

29) BAG AP Nr.24 zu § 1 HausarbTagsG NRW; ebenso für Kündigungserschwerung: BAG AP Nr.15 (1), 22 (3), 36 (B II 1) zu § 611 BGB Gratifikation; Gros, AR-Blattei, Gratifikation, Anm. zu Entsch. 6 (II). Vgl. auch BAG (GrS) AP Nr.16 (C) zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

30) Da hier von einer Gratifikationsform ausgegangen wird, die nicht gegen bestimmte Ausfallursachen gerichtet ist, wird diese Frage nicht weiter verfolgt.

Eine genaue Bestimmung des Anwendungsbereichs ist daher nur durch Einzeluntersuchung der verschiedenen Hinderungsgründe möglich³¹.

- c) Zu prüfen bleibt schließlich, wo die Verbindung von Zweck und Mittel und damit die Ausgestaltungsmöglichkeit dieser Gratifikationsform ihre Grenze findet³².

aa) Auszugehen ist von der Freiwilligkeit der Leistung. Wenn der ArbGeb schon darüber entscheiden kann, ob er eine solche Zuwendung überhaupt erbringen will, muß ihm auch die Festsetzung ihrer Bedingungen grundsätzlich überlassen bleiben³³; Anpassung an die sich ändernden Bedürfnisse des Arbeitslebens darf davon nicht ausgeschlossen sein.

bb) Deswegen ist der ArbGeb jedoch nicht von allen Schranken befreit, sondern bleibt an zwingende Rechtsnormen wie das Grundgesetz oder die §§ 134, 138 BGB gebunden und hat spezifisch arbeitsrechtliche Schutzvorschriften wie die Fürsorgepflicht und den Gleichbehandlungsgrundsatz samt ihren positiven Ausprägungen.

31) Dieser Einzeluntersuchung dient Teil II der Arbeit.

32) Die Grenzen der Gestaltungsmöglichkeit werden in Teil III behandelt.

33) Z.B. BAG AP Nr.1 (II), 7 (2), 15 (2) mit Anm. Hefermehl, 16, 20 (2), 22 (2), 35 (2), 36 (B II 1), 58 (1) zu § 611 BGB Gratifikation und DB 1968, 1028; Bulla, AR-Blatt, Gratifikation, Anm. zu Entsch. 3 (2); Haberkorn, S.23; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 42 IV 2 c, S.309; G. Hueck in Anm. zu AP Nr.34 zu § 611 BGB Gratifikation; Nikisch, Bd.I, § 32 IV 3, S.413; Schwedes, BABl. 1966, 169 (I 2); Wuttke, S.28.

gen (z.B. §§ 51, 53 Abs.2 BetrVerfG) einzuhalten³⁴.
Im übrigen aber kann er nach seinem Ermessen handeln³⁵.
Sofern sich also überhaupt sachliche Gesichtspunkte³⁶
für die von ihm getroffene Regelung finden lassen,
muß diese als rechtsgültig anerkannt werden, selbst

- 34) Zu diesem Fragenkreis vgl. z.B. BAG AP Nr.1, 4, 7, 15, 16, 20, 21, 22, 36, 37, 58 zu § 611 BGB Gratifikation; IAG Frankfurt a.M., DB 1967, 2121; IAG Mannheim, DB 1969, 180; IAG Stuttgart, BB 1969, 181; Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb, 5. Aufl. 1965, E VIII, Rdnr.43; Boldt, Das Recht der Gratifikation in der Bundesrepublik Deutschland, ZAS 1968, 1 (II 3); Böttcher, Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, RdA 1953, 161; Bulla, AR-Blattei, Gratifikation, Anm. zu Entsch. 3; Fauth, Rechtsfragen zur Weihnachtsgratifikation, DB, Beil. Nr.16/1967 IV; Galperin, Der Grundsatz der Gleichbehandlung, RdA 1953, 169; Gros, AR-Blattei, Gratifikation I B IV; Haberkorn, S.23; Hohn, S.23; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 42 IV 2 c, S. 309 f.; A. Hueck, Anm. zu AP Nr.4 u. 7 zu § 611 BGB Gratifikation; G. Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958, S.173 ff., 216 ff. und Anm. zu AP Nr.34 zu § 611 BGB Gratifikation; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 1957, § 25 IV 4, S.158; Maus, IV G III 4 a, S.216 f.; Molitor, Sonderzuwendungen, RdA 1952, 124; Nikisch, Bd.I, § 32 IV 3, S.413 f.; Palandt-Putzo, BGB, 28. Aufl. 1969, § 611, Anm. 3 a aa; Schnorr von Carolsfeld, § 7 A I 3 a, S.172 und § 7 B III 5 b, S.194; Stahlhacke, GewO, § 105, Anm. IX 11 a aa; Staudinger-Nipperdey-Möhlen-Neumann, BGB, 11. Aufl. 1958, § 611, Rdnr. 204⁸; Trieschmann, Anm. zu AP Nr.52 zu § 611 BGB Gratifikation und ArbUR 1968, 223; Weichner, Die Gratifikation, Diss. München 1957, S.96 f., 104; Wuttke, S.28, 108 f. Für Österreich vgl. Dittrich-Veit-Tades, Arbeitsrecht, 1963, § 1151 AGB, Anm.24; Mayer-Maly, Die Weihnachtsremuneration, JB 1956, 196, 201 f.
- 35) Die Terminologie ist hier unterschiedlich. Während etwa das BAG (AP Nr.52 zu § 611 BGB Gratifikation und BB 1967, 1044) und das IAG Stuttgart (BB 1967, 500) billiges Ermessen verlangen, betont Trieschmann (Anm. zu AP Nr.52 zu § 611 BGB Gratifikation) das freie Ermessen des ArbGeb. Von Ermessen allgemein sprechen dagegen z.B. Böttcher, SAE 1966, 15; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 42 IV 2 c, S.310 (m.w.Nachw.).
- 36) BAG AP Nr.69 zu Art.3 GG; Gros, AR-Blattei, Gratifikation, B IV 2 a; Hohn, S.31, 23; G. Hueck, aaO., S.217 f.; Weichner, S.97.

wenn sie nicht als besonders zweckmäßig oder sozialpolitisch wünschenswert bezeichnet werden kann³⁷, solange sie nur nicht offensichtlich willkürlich ist.

cc) Innerhalb dieses Ermessensbereiches sind selbst die Gerichte nicht zur Nachprüfung befugt und dürfen die Entscheidung des ArbGeb nicht durch ihre eigene ersetzen³⁸. Die Rechtsaufsicht hat sich auf die Mißbrauchskontrolle zu beschränken.

-
- 37) IAG Bremen, WA 1960, 63; Bulla, AR-Blattei, Gratifikation, Anm. zu Entsch. 3 (II); Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 42 IV 2 c, S.310; G. Hueck, aaO., S.217; Weichner, S.99, 101.
- 38) IAG Bremen, BB 1954, 997; IAG Düsseldorf, RdA 1954, 199; IAG Hamburg, ARSt XII Nr.554; ArbG Ludwigshafen, BB 1967, 1397; Böttcher, RdA 1953, 161 (I); Bulla, AR-Blattei, Gratifikation, Anm. zu Entsch. 3 (2); Galperin, RdA 1953, 169, 171; Gros, AR-Blattei, Gratifikation B IV 2 a; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 42 IV 2 c, S.310; Maus, IV G III 4 d, S.218; Weichner, S.97.
A.A. IAG Stuttgart, BB 1967, 500.

C. Ergebnis

Da sich nunmehr gezeigt hat, daß die Berücksichtigung von Arbeitsausfällen nicht in Widerspruch zu tragenden Merkmalen der Gratifikation steht und eine Zweck-Mittel-Verbindung dieser Art auch mit der Rechtsordnung vereinbar ist, kann die Bemessung der Gratifikation nach den Fehlzeiten der ArbN im Prinzip als zulässig angesehen werden³⁹.

Wenn dennoch eine generelle Entscheidung für alle in Betracht kommenden Ausfallursachen noch nicht zu treffen ist, so liegt dies daran, daß höherrangige Gesichtspunkte ausnahmsweise eine Gleichbehandlung der Abwesenheit mit der Arbeit im Betrieb gebieten können. Weil ausdrückliche gesetzliche Normierungen hierzu aber fehlen, muß jeweils unter Abwägung der Interessen beider Seiten und des vom Gesetzgeber in anderem Zusammenhang zum Ausdruck gebrachten Willens geprüft werden, wann eine vom Grundsatz abweichende Bewertung erforderlich ist.

Die häufiger auftretenden Ausfallursachen sollen deshalb im folgenden einzeln daraufhin untersucht werden, ob ihretwegen nachteilige Auswirkungen auf die Gratifikation möglich sind oder nicht.

39) Z.B. BAG AP Nr.16 zu § 2 ArbKrankhG; AP Nr.24 zu § 1 HausarbeitsG NRW; AP Nr.35 (2) zu § 611 BGB Gratifikation mit Anm. Mayer-Maly (zustimmend Schwedes BABl. 1966, 169 (I 2); kritisch, teilweise zustimmend Gumpert, BB 1964, 886); AP Nr.58 (2) zu § 611 BGB Gratifikation mit Anm. Mayer-Maly; LAG Düsseldorf, BB 1959, 37; ArbG Neuwied, BB 1963, 1256; ArbG Wuppertal, BB 1963, 1257; Boldt, ZAS 1968, 1 (II 4); Fauth, DB, Beil. Nr.16/1967 VI 2 d; Haberkorn, S.28; Hohn, S.25 f.; Palandt-Putzo, BGB, § 611, Anm. 3 a aa; Stahlhacke, GewO, § 105, Anm.IX 11 a aa; Trieschmann, ArbUR 1968, 223.

Z w e i t e r T e i l :

Fälle der Abwesenheit vom Betrieb

I. Kapitel: Einzelursachen

§ 2 Feiertage

A. Gesetzliche Feiertage

1. Wie an Sonntagen herrscht auch an den gesetzlichen Feiertagen grundsätzlich Arbeitsruhe¹ mit der Folge, daß in der Mehrzahl der Betriebe nicht gearbeitet wird und sich die Verpflichtung der Beschäftigten zur Arbeitsleistung bei gleichbleibendem Entgelt² entsprechend vermindert³. Der Anteil der ArbN am Geschäftsergebnis bleibt damit unverändert. Muß in einzelnen Betrieben an Feiertagen gearbeitet werden (etwa bei durchgehendem Schichtdienst) und erhält der ArbN dafür zu anderer Zeit Freizeitausgleich⁴, kann nichts anderes gelten; nur die strukturelle Besonderheit des Betriebes verhindert hier ein zeitliches Zusammenfallen von Freizeit und Betriebsruhe. Der Erfolgsbeitrag der betroffenen ArbN wird dadurch aber nicht geringer.

-
- 1) Siehe z.B. Art.140 GG in Verbindung mit Art.139 Weim.Verf.; Verf. Baden-Württ. Art.3 I S.1; Berlin Art.22 I; Bremen Art.55 III; Hessen Art.31 S.2 sowie die FeiertagsG. von Baden-Württ. § 5; Bayern § 4; Berlin § 1 III; Bremen §§ 1,3.
 - 2) So § 1 I S.1 FeiertLohnzG. Bei ArbN mit Pauschalvergütung für längere Zeiträume tritt ohnehin kein Verdienstausfall ein, da die Monats- bzw. Wochenbezüge (von Fragen der Überstunden abgesehen) unabhängig von der Zahl der Arbeitsstunden festgesetzt sind; vgl. Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 40 III 3 c, S.269; Nikisch, Bd.I, § 29 III 4, S.332; Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 2 a, S.208, FuBn.3. Für Österreich s. § 3 Feiertagsruhegesetz (1957) und § 2 der VO über Lohnzahlung an Feiertagen v. 29.10.1945.
 - 3) Z.B. BAT § 15 Abs.5.
 - 4) Z.B. BAT § 15 V; MTL II § 15 VI S.3; s. auch BAG AP Nr.19 zu § 1 FeiertLohnzG.

Von einem Arbeitsausfall im engeren Sinn kann daher bei gesetzlichen Feiertagen nicht gesprochen werden. Vielmehr handelt es sich um eine auf Grund der Feiertagsgesetze schon bei Beginn des Arbeitsverhältnisses feststehende Modifikation der zu erbringenden Arbeitsleistung; das "Soll" der ArbN ist trotzdem erfüllt.

2. Allerdings wollte der Gesetzgeber verhindern, daß bezahlte Feiertage zum Anlaß genommen werden, die damit erhaltene Freizeit zusätzlich zu verlängern⁵; deshalb bestimmt § 1 Abs.2 des Feiertagslohnzahlungsgesetzes, daß bei unentschuldigtem Fehlen am letzten Arbeitstag vor oder am ersten Arbeitstag nach dem Feiertag dem ArbN auch kein Vergütungsanspruch für den Feiertag selbst zusteht.

Der Unzumutbarkeitsgedanke, der hier zum Ausdruck kommt, hat für den Bereich der Gratifikation gleichfalls seine Berechtigung. Denn ein ArbN, der sich eigenmächtig Freizeit nimmt, verdient für einen gerade anfallenden Feiertag ebensowenig eine Belohnung. Bei solch unentschuldigtem Fehlen wird daher auch der Feiertag als Arbeitsversäumnis zu behandeln sein.

Daneben ist eine weitergehende Auswirkung im Rahmen der Bewertung als Treupflichtverletzung⁶ denkbar.

5) Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 40 III 3 f, S.272; Nikisch, Bd.I, § 29 III 8, S.336. Für zeitweises Fehlen s. BAG AP Nr.23 zu § 1 FeiertLohnzG.

6) Insofern liegt allerdings keine Anknüpfung an den feiertagsbedingten Ausfall mehr vor. Eine nähere Erörterung ist hier nicht möglich. Es sei nur darauf hingewiesen, daß nahezu einhellig die Meinung vertreten wird, Treupflichtverletzungen berechtigten den ArbGeb dazu, je nach Schwere des Verstoßes die Gratifikation herabzusetzen oder ganz zu streichen. Z.B. RAG ARS 44, 215; 46, 105; LAG Berlin, WA 1959, S.170 und Entsch.Kal. 1960, 258; LAG Düsseldorf (Köln), DB 1966, 1568; ArbG Mannheim, ARSt 1956, XVII Nr.114; Bötticher, Anm. zu AP 53 Nr.205; Boldt, ZAS 1968, 1 (II 3); Fauth, DB, Beilage Nr.16/1967 VI 2 e m.w.Nachw.;

B. Gesetzlich geschützte (kirchliche) Feiertage

1. Grundsatz

- a) Für eine Gleichbehandlung mit den gesetzlichen Feiertagen spricht zunächst, daß kirchliche Feiertage ebenfalls unter staatlichem Schutz stehen⁷; auch würde der Ausfall den ArbGeb nicht übermäßig belasten, weil ihre Zahl verhältnismäßig gering ist⁸ und der Anspruch auf Arbeitsbefreiung meist nur die Zeit des Hauptgottesdienstes umfaßt⁹. Vor allem könnte dafür das in einigen Feiertagsgesetzen ausgesprochene Verbot "weiterer Nachteile"¹⁰ angeführt werden.

Dieses Verbot, das ausdrücklich den Lohnausfall offen läßt, soll aber den ArbN, der auf seinem gesetzlich verankerten Recht der Arbeitsbefreiung besteht, nur vor nachteiligen Folgen außerhalb des eigentlichen Arbeitsentgelts schützen; für die mit der Lohnzahlung zusammenhängenden Fragen fehlt es dagegen schon an der landesrechtlichen Zuständigkeit¹¹. Da nun aber die Gratifikation auch eine besondere Form des Arbeitsent-

Gros, AR-Blattei, Gratifikation I D III; Haberkorn, S.33 f.; Hohn, S.27; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 42 IV 2 c, S.310 f.; G. Hueck, Die Rechtsprechung zur Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, DB 1956, 352 II 2 c; Stahlhacke, GewO, § 105 IX 11 a aa; Staudinger-Nipperdey-Mohr-Neumann, BGB, § 611, Rdnr. 204 f.; Weichner, S.104.

In Österreich kommt eine Kürzung oder Streichung nur in Betracht, soweit kein Rechtsanspruch der ArbN auf die Remuneration besteht (Mayer-Maly, JB 1956, 196, 220 IV).

- 7) Z.B. FeiertagsG. Bayern § 2 I; Bremen § 8; Niedersachsen § 7 NRW § 1.
- 8) In Bayern z.B. fallen - abgesehen von vier Tagen, die je nach der bekenntnismäßigen Zusammensetzung der Bevölkerung in den einzelnen Gemeinden gesetzliche bzw. gesetzlich geschützte Feiertage sind - drei weitere kirchliche Feiertage unter diese Regelung. Ihre Reduzierung ist in Angriff genommen.
- 9) Z.B. FeiertagsG. Baden-Württ. § 4 I; Hessen § 4 I; NRW § 9 I S.1; anders nur Bayern § 11 S.1, dort Befreiung für den ganzen Tag.

FeiertagsG. Bayern § 11 S.3; NRW § 9 I S

Carolsfeld, Arbeitsrechtliche Probleme an staatlich geschützten Feiertagen, Festschr.f.Nipperdey. S.628 f

gelts darstellt¹², wird zu folgern sein, daß sich das Nachteilsverbot nicht auf sie erstrecken soll.

- b) Außerdem muß der Fassung des § 1 I S.1 FeiertLohnzG, der sich ausdrücklich nur auf gesetzliche Feiertage bezieht, entnommen werden, daß der Gesetzgeber völlige Gleichstellung beider Arten von Feiertagen gerade nicht im Auge hatte. Damit ergibt sich, daß-von der Pauschalvergütung für längere Zeiträume abgesehen¹³ - bei Fernbleiben von der Arbeit an kirchlichen Feiertagen eine Lohnzahlungspflicht im Grundsatz zu verneinen ist¹⁴.

Hat der Gesetzgeber aber schon die Lohnfrage für die ArbN negativ entschieden, kann für eine Sonderleistung nicht das Gegenteil verbindlich sein. Der Gesichtspunkt des Abkaufens¹⁵ eines Rechtsanspruchs gewinnt daher keine Bedeutung.

- c) Da der ArbGeb die freiwillige Gratifikation nach seinem Ermessen¹⁶ ausgestalten kann, sind die beim gewöhnlichen Arbeitsentgelt aktuellen Überlegungen im Rahmen des § 616 BGB¹⁷ hier nicht in gleicher Weise einschlägig. Ein Wohnheitsrecht dahin, daß aus dem Gedanken dieser Vorschrift heraus auch bei der Gratifikation kürzere Unterbrechungen nicht berücksichtigt werden dürften, kann bei der verhältnismäßig kurzen Zeit,

12) Siehe hierzu § 1, Fußn.2, S.4.

13) Vgl. Fußn.2; ferner Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 40 III 3 a, S.268, Fußn.29; Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrechtliche Probleme an staatlich geschützten Feiertagen, in Festschr. f.Nipperdey, S.641; Frey, Die Feiertagsbezahlung, 2. Aufl 1959, S.17; s. auch BAG AP Nr.1 zu § 611 BGB Wochenlohn.

14) Z.B. Brecht, AR-Blattei, Feiertage VI J; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 40 III 3 a, S.268.

15) BAG AP Nr.24 zu § 1 HausarbTagsG NRW.

16) Siehe § 1, Fußn.35, S.15.

17) Schnorr von Carolsfeld, Festschr.f.Nipperdey, S.641.

seit der die Gratifikation mit Merkmalen der Anwesenheitsprämie verbunden wird¹⁸, noch nicht entstanden sein. Daran sollte sich auch nichts ändern, wenn wegen der Form des Entgelts als Pauschalvergütung¹⁹ der Lohnanspruch selbst erhalten bleibt.

- d) Man wird daher zum Ergebnis kommen müssen, daß mangels einer gegenteiligen Regelung Abwesenheit des ArbN an gesetzlich geschützten Feiertagen bei der Gratifikation negativ berücksichtigt werden kann.

2. Von diesem Grundsatz sind jedoch **A b w e i c h u n g e n** möglich:

- a) Hat der ArbGeb einseitig von sich aus Arbeitsruhe angeordnet, darf daraus den ArbN keine finanzielle Einbuße erwachsen²⁰. Hinzu kommt, daß infolge des totalen Arbeitsausfalls die ArbN dann ja am Betriebsergebnis voll mitgearbeitet haben.
- b) Das gleiche muß aber, unabhängig von der Frage der Lohnzahlung, bei vereinbarter Betriebsruhe gelten, denn auch hier hat sich der Beitrag der ArbN zum Geschäftserfolg nicht verringert.
- c) Für beide Fälle sind allerdings wieder die aus § 1 Abs.2 FeiertLohnzG abgeleiteten Ausnahmen zu beachten (unentschuldigtes Fehlen vor oder nach dem Feiertag²¹).

18) Die erste Entscheidung des BAG hierzu stammt vom 15.5.1964 (AP Nr.35 zu § 611 BGB Gratifikation); vorher bereits ebenso LAG Düsseldorf (Köln) mit Urteil vom 3.5.1956 (BB 1959, 37).

19) Siehe hierzu Fußn.2 und 13, S.18, 21.

20) So für den Lohn z.B. Brecht, AR-Blattei, Feiertage VI J; Frey, S.70; Gros, AR-Blattei, Feiertage IV D; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 40 III 3 a, S.267; Nikisch, Bd.I, § 29 III 1, S.331; Schnorr von Carolsfeld, Festschr.F.Nipperdey, S.631 f.

21) Da § 1 II FeiertLohnzG. von Feiertagen allgemein spricht, ist er nicht nur auf gesetzliche Feiertage anwendbar (so für Lohn: Frey, S.41).

3. Schließlich seien noch einige S p e z i a l f r a g e n , die in anderem Zusammenhang Probleme aufwerfen²², auf ihre Relevanz hinsichtlich der Gratifikation überprüft:

- a) Da der ArbN regelmäßig nicht zu überblicken vermag, ob seine Arbeit zur Aufrechterhaltung des Betriebes notwendig ist (dann nämlich hat er keinen Anspruch auf Freistellung²³), muß er angemessene Zeit vorher dem ArbGeb von dem geplanten Fernbleiben Mitteilung machen. Unterläßt er dies, entfällt sein Recht auf Arbeitsbefreiung²⁴. Erscheint er dann trotzdem nicht zur Arbeit, liegt unberechtigtes Fehlen vor, das über die allgemeine Gratifikationsminderung hinaus u.U. als Treuepflichtverletzung nachteilig berücksichtigt werden kann²⁵.
- b) Antwortet der ArbGeb auf die Mitteilung des ArbN nicht, ist dessen Fernbleiben auch dann gerechtfertigt, wenn ihm an sich wegen Unentbehrlichkeit im Betrieb die Freistellung verweigert werden könnte²⁶. Damit steht das Fehlen dem Regelfall gleich, so daß zwar ein Abzug für die versäumte Arbeitszeit, nicht aber eine Behandlung als Treuepflichtverletzung zulässig ist.
- c) Wird die Bitte des ArbN, die Beurlaubung auf die Stunden des Hauptgottesdienstes zu beschränken²⁷, abgelehnt, ist dies danach zu beurteilen, ob dem ArbGeb

22) Auswahl nach Schnorr von Carolsfeld in Festschr.f.Nipperdey, S.625 ff. (dort vor allem Behandlung der Lohnzahlungsproblematik).

23) Allgemeine Regelung in den Bundesländern, wenn auch mit etwas abweichendem Wortlaut; z.B. FeiertagsG. Baden-Württ. § 4 I; Bayern § 11 S.2; NRW § 9 I S.1.

24) Schnorr von Carolsfeld, Festschr.f.Nipperdey, S.629 f.

25) Siehe hierzu FuBn.6 und § 15 A, S.122; Voraussetzung dürfte aber Böswilligkeit sein.

26) Schnorr von Carolsfeld, Festschr.f.Nipperdey, S.630.

27) Dieser Fall gewinnt allein in Bayern Bedeutung; in den anderen Bundesländern besteht Anspruch auf Freistellung nur für die Zeit des Hauptgottesdienstes (s. FuBn.9).

eine solche Lösung betriebstechnisch zumutbar ist²⁸. Bei gerechtfertigter Ablehnung kann der ganze Tag als Fehlzeit behandelt werden, andernfalls zählen nur die beantragten Stunden als Arbeitsversäumnis.

- d) Kann der ArbGeb bei Fehlen einzelner ArbN die übrigen Mitglieder einer Arbeitsgruppe²⁹ nicht beschäftigen, dürfen sie für diesen Fall, der dem Risikobereich des ArbGeb zuzurechnen ist³⁰, auch bezüglich der Gratifikation keine Nachteile erleiden. Hinzu kommt, daß sie am verbleibenden Arbeitserfolg ihrer Gruppe voll mitgewirkt haben.
- e) Hat die Struktur des Betriebes zur Folge, daß sich bei stundenweiser Freistellung der Belegschaft die Arbeitsaufnahme für die verbleibende Zeit nicht mehr lohnt, ist dieser Fall dem vorigen gleichzubehandeln³¹. Im Gegensatz zum Lohn erscheint das für die Gratifikation unproblematisch; weil nämlich im ganzen Betrieb die Arbeit ruht, verringert sich der Erfolgsanteil des einzelnen ArbN nicht.
- f) Muß die Arbeit eines Betriebes oder Betriebsteils wegen des gewerberechtlichen Verbotes ruhestörender Tätigkeit³² unterbleiben, so ist trotzdem die volle Gratifikation zu zahlen³³, da auch hier der Anteil der ArbN am Betriebsergebnis nicht zurückgeht und der Hinderungsgrund im übrigen zum Risikobereich des ArbGeb gehört.

28) Schnorr von Carolsfeld, Festschr.f.Nipperdey, S.631.

29) Entfielen dagegen die Beschäftigungsmöglichkeit für eine größere Anzahl ArbN, hätten die Schlüsselkräfte keinen Freistellungsanspruch (s. § 11 S.2 bay.FeiertagsG. und die entsprechenden Vorschriften der anderen Länder.

30) Schnorr von Carolsfeld, Festschr.f.Nipperdey, S.639. Zur Frage der Zurechnung s. auch § 16 B, S.125.

31) Schnorr von Carolsfeld, Festschr.f.Nipperdey, S.651.

32) Z.B. §§ 9 I, 5, 6 bay.FeiertagsG.

33) Die Frage des Lohnanspruchs ist umstritten; dafür z.B.

C. Ergebnis

Arbeitseinschränkung im Zusammenhang mit gesetzlichen Feiertagen berechtigt zu keiner Kürzung der Gratifikation; etwas anderes gilt nur bei unberechtigtem Fehlen gemäß § 1 Abs. 2 FeiertLohnzG.

Dagegen kann das Fernbleiben von der Arbeit an gesetzlich geschützten Feiertagen gratifikationsmindernd berücksichtigt werden, soweit nicht der Ausfall auf Vereinbarung, einseitiger Anordnung des ArbGeb oder strukturellen Gründen des Betriebes beruht.

§ 3 Erholungsurlaub

1. Ähnlich den gesetzlichen Feiertagen unterscheidet sich auch der Erholungsurlaub prinzipiell von den übrigen Fällen betrieblicher Abwesenheit. Wie diese ist er umfangmäßig vorher bekannt und damit geschäftlich einkalkulierbar, kann in seinen Grundzügen nicht abbedungen werden (§ 13 Abs. 1 BUrlG) und betrifft jeden ArbN, freilich nicht in gleichem Ausmaß. Man wird ihn daher wie die Ruhestunden, Sonn- und Feiertage als festen Bestandteil des Arbeitsverhältnisses anzusehen haben und die Erholung als eine Art "Arbeit in anderer Form" bewerten müssen. In diese Richtung weist auch § 8 BUrlG durch das Verbot erholungshindernder Erwerbstätigkeit während des Urlaubs.
2. Daß von einer Fehlzeit im eigentlichen Sinn hier nicht gesprochen werden kann, zeigt sich besonders deutlich, wenn ein Unternehmen den Erholungsurlaub der Belegschaft zu Betriebsferien zusammenlegt. In diesem Fall tragen

Schnorr von Carolsfeld, Festschr. f. Nipperdey, S. 647 f.; a.A. etwa Hueck-Nipperdey, Bd. I, § 40 III 3 a, S. 268.

in der übrigen Zeit alle Beschäftigten in gleicher Weise und in vollem Umfang zum Jahresergebnis bei. Wird der Urlaub stattdessen, um eine Betriebsstillegung zu vermeiden, auf einen längeren Zeitraum verteilt, kann nichts anderes gelten. Der Erfolgsanteil der ArbN bleibt trotzdem gleich.

3. Eine Auswirkung des Erholungsurlaubs auf die Gratifikation kommt daher nicht in Betracht¹.

§ 4 Innerbetriebliche Tätigkeit

1. Hierunter ist die in die Arbeitszeit fallende Ausübung von Ämtern auf Grund des Betriebsverfassungsgesetzes, Personalvertretungsgesetzes und Schwerbeschädigtengesetzes zu verstehen, also etwa die Betätigung als Betriebsrat, Jugendvertreter oder Schwerbeschädigtenvertrauensmann. Das gleiche gilt für Arbeitsversäumnis wegen der zugehörigen Wahlen, ihrer Vorbereitung und der Teilnahme an Betriebsversammlungen¹. Die dabei entstehenden Kosten trägt jeweils der ArbGeb (z.B. §§ 19 III S.1, 39 BetrVerfG), der die ArbN in erforderlichem Umfang ohne Entgeltminderung freizustellen hat (z.B. §§ 19 III S.2, 37 II, III, 43 I S.2 BetrVerfG). Daneben ist ein allgemeines Benachteiligungsverbot für den betroffenen Personenkreis angeordnet (§§ 53 II BetrVerfG, 59 I PersVG, 13 III SchwBG).
2. Die besondere Eigenart dieser Arbeitsausfälle liegt darin, daß sie zugunsten anderweitiger Betätigung innerhalb

Zu § 3: Erholungsurlaub

- 1) Im Ergebnis ebenso Dersch-Neumann, BUrlG, 3. Aufl. 1964, § 11, Rdnr.40; Stahlhacke, BUrlG, 2. Aufl. 1968, § 11, Rdnr.17; Wuttke, S.45, 112.

Zu § 4: Innerbetriebliche Tätigkeit

- 1) Vgl. §§ 13, 15, 16, 19, 20, 30, 37, 38, 42 BetrVerfG und die entsprechenden Bestimmungen des PersVG (§§ 15, 17, 18, 21, 23, 27, 28, 30, 33, 48) sowie § 13 SchwBG.

und zum Wohl des Betriebes erfolgen, die mit der an sich zu leistenden Arbeit gleichbewertet werden muß².

3. Schon deshalb ist - unabhängig vom gesetzlichen Benachteiligungsverbot - eine Minderung der Gratifikation ausgeschlossen³.

§ 5 Krankheit

A. Überblick

1. Hier liegt erstmals ein Fall von Abwesenheit vor, der sich in einem verminderten Beitrag des ArbN zum Geschäftsergebnis niederschlägt. Damit kommt auch der Konflikt zwischen dem Bestreben des ArbGeb, diesem Umstand Rechnung zu tragen, und dem entgegengesetzten Interesse des ArbN zur Auswirkung.

Krankheit wird dabei im arbeitsrechtlichen Sinn verstanden, also als regelwidriger körperlicher oder geistiger Zustand, der einer Heilbehandlung bedarf oder eine Arbeitsunfähigkeit herbeiführt¹, so daß gegenüber dem täglichen Sprachgebrauch auch die Folgen einer Verletzung durch Unfall eingeschlossen sind.

Zu § 4: Innerbetriebliche Tätigkeit

- 2) Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 3 h a, S.218 und § 8 B I 2 a ~~g~~, S.302.

- 3) Ebenso Wuttke, S.25, 112.

Zu § 5: Krankheit

- 1) Z.B. Gros, AR-Blattei, Krankheit des Arbeitnehmers I Übersicht A; Hessel, Krankheit im Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1957, S.15; Jäger, Krankheit des Arbeitnehmers, 2. Aufl. 1964, § 2, Rdnr.1; Schelp-Trieschmann, Das Arbeitsverhältnis im Krankheitsfalle, 1958, S.1 f.; Schmatz-Fischwasser, Das Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle, 4. Aufl. 1961, S.64; Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 3 a, S.214, Fußn.4.

2. Ist ein ArbN das ganze Jahr über krank, so erscheint sein Ausschluß von der Gratifikation gerechtfertigt, da er ja am Betriebserfolg überhaupt nicht mitgewirkt hat. Meist wird eine derartig lange Krankheit dem ArbGeb sogar das Recht zur Kündigung geben²; verzichtet er hierauf, so wäre es ihm doch unzumutbar, das Fehlen außerdem noch mit einer Belohnung zu honorieren³. Für diese Betrachtungsweise spricht auch, daß nach fast einhelliger Meinung in solch einem Fall dem ArbN nicht einmal Anspruch auf Erholungsurlaub zusteht⁴.

Dieses verhältnismäßig unproblematische Ergebnis bei ganzjährigem Fehlen könnte Indiz dafür sein, daß Krankheit stets gratifikationsmindernd berücksichtigt werden darf. Zwingend ist dieser Schluß jedoch nicht; das ergibt sich aus dem Beispiel des Erholungsurlaubs, der nicht ohne weiteres wegen Krankheit anteilig gekürzt werden kann, sondern grundsätzlich in voller Höhe zu gewähren ist⁵.

2) Z.B. §§ 123 Abs.1 Nr.8, 133c Abs.1 Nr.4 GewO; 72 Abs.1 Nr.3 HGB.

3) Für Ausschluß bei ganzjährigem Fehlen oder nur geringfügiger Arbeitsleistung z.B. LAG Mannheim (Heidelberg), RdA 1949, 349; LAG Bremen AP 53 Nr.205; ArbG Lübeck, BB 1963, 1257; ArbG Berlin, Entsch.Kal. 1963, 403; Fauth, DB, Beilage Nr.16/1967 VI 2 c; Gros, AR-Blattei, Gratifikation I E I; Hohn, S.26 f.; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 42 IV 2 c, S.311, Fußn.60; Jäger, § 7, Rdnr.11; Nikisch, Bd.I, § 32 IV 4, S.414; Schelp-Trieschmann, S.89; Schlegelberger-Schröder, HGB, 4. Aufl. 1960, § 63, Rdnr.7; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, BGB, § 616, Rdnr.31; Weichner, S.57; Wuttke, S.70; Zigan, S.22.

4) Z.B. Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 49 III 4 a, S.440; Schelp-Trieschmann, S.214; a.A. LAG Hamburg, RdA 1953, 40.

5) Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 49 III 4 a, S.440; Nikisch, Bd.I, § 39 II 7, S.541; Schelp-Trieschmann, S.210; Schnorr von Carolsfeld, § 7 E II 1 c, S.250.

Nur in Ausnahmefällen, bei nicht nennenswerter Arbeitsleistung, steht dort der Gedanke des Rechtsmißbrauchs⁶ dem Anspruchsverlangen des ArbN entgegen.

Ähnliche Grundsätze ließen sich auch für die Gratifikation denken⁷. Außerdem könnten neben der Dauer der Krankheit noch Ursache und Schuldfrage eine Rolle spielen.

Um zu einer gerechten Lösung zu kommen, müssen daher die widerstreitenden Interessen gegeneinander abgewogen werden.

B. Fallgruppen

Zur Abgrenzung bietet sich eine Einteilung nach dem Verschulden an.

1. Ist dem ArbN die Krankheit vorzuwerfen (z.B. aktive Beteiligung an einer Schlägerei oder winterliches Baden im Freien auf Grund einer Wette⁸), so hat er sich die Arbeitsleistung schuldhaft unmöglich gemacht. Ihm dann noch eine finanzielle Anerkennung und Belohnung zuzusprechen, wäre unbillig und für den ArbGeb unzumutbar⁹. Das

6) Z.B. BAG AP Nr.9, 13, 59, 82, 87, 88 zu § 611 BGB Urlaubsrecht; AP Nr.2-5 zu § 3 EUrlG Rechtsmißbrauch; s. hierzu auch Hessel, S.60 f.; Jäger, § 9, Rdnr.4; Schelp-Trieschmann, S.213.

7) Eine Regelung entsprechend dem Urlaub wird vorgeschlagen in WA 1960, 169 (ohne Verfasser); für Anwendung dieser Grundsätze bei Rechtsanspruch des ArbN auf die Gratifikation auch Boldt, ZAS 1968, 1 (III 3 b). Schlessmann, Die Weihnachtsgratifikation, DB 1960, 1335 (II 2 a), hält dagegen die Bindung an ein halbes Jahr Arbeitsleistung für angebracht.

8) Die Frage, wann ein Verschulden in diesem Sinn vorliegt, ist im einzelnen recht umstritten und kann hier nicht näher erörtert werden. Die Tendenz geht dahin, Verschulden des ArbN nur noch bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit anzunehmen (Darstellung des Meinungsstandes mit Nachweisen z.B. bei Schelp-Trieschmann, S.39 ff.).

9) Für Ausschlußmöglichkeit bei verschuldeter langer Krankheit IAG München, ABIBayerArbMin. 1950, 455; 1953 C, S.4.

zeigt auch § 617 Abs.1 BGB, der in einem Fall gesetzlich fixierter, gesteigerter Fürsorgepflicht bei grober Fahrlässigkeit des ArbN sogar die für ihn viel bedeutsameren Pflichten des ArbGeb zur Gewährung von Verpflegung und ärztlicher Behandlung entfallen läßt; desgleichen besteht bei verschuldeter Krankheit kein Anspruch auf den Arbeitgeberzuschuß nach § 1 I S.1 ArbKrankhG.

2. Hat umgekehrt der ArbGeb die Krankheit zu vertreten (etwa durch Verstoß gegen die UVV oder mangelnde Beheizung der Arbeitsräume¹⁰), darf er sich auf den geringeren Erfolgsbeitrag des ArbN nicht berufen; es wäre ihm sonst der Vorwurf unzulässiger Rechtsausübung zu machen¹¹.
3. Die eigentliche Problematik tritt jedoch erst bei den zahlenmäßig weit überwiegenden Fällen auf, in denen kein Verschulden der einen oder anderen Seite vorliegt.

Der hauptsächliche Gesichtspunkt, der einer Berücksichtigung der krankheitsbedingten Fehlzeit dabei entgegenstehen könnte, ist die Fürsorgepflicht des ArbGeb, die der Gesetzgeber mit der Fortentwicklung der Bestimmungen zur Erhaltung des Lebensstandards der ArbN im Krankheitsfall¹² immer weiter ausgestaltet hat¹³.

Ist dieses Argument nun zwingend?

10) Hier genügt auch leichte Fahrlässigkeit (Fürsorgepflichtverletzung); so Hessel, S.18; Jäger, § 6, Rdnr.10; Schelp-Trieschmann, S.56.

11) Vgl. statt aller Soergel-Siebert-Knopp, BGB, 10. Aufl. 1967, § 242, Rdnr.169, 193, 209 ff. m.w.Nachw. Dem ArbN stünde im übrigen - von Betriebsunfällen abgesehen (§§ 636 ff. RVO) - ein Schadensersatzanspruch zu, der auch entgangene Gratifikation umfassen müßte; s. hierzu Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 44 III 1 g aa, S.340; Jäger, § 6, Rdnr.10, 11; Schelp-Trieschmann, S.56. Zur Frage des Arbeitsentgelts und der Anwendbarkeit des § 324 Abs.1 BGB vgl. Neumann-Duesberg, Der Lohn- und Gehaltsanspruch des ArbN bei der vom ArbGeb verschuldeten Arbeitsunfähigkeit, DB 1969, 261, 305 (VI).

12) Z.B. §§ 1, 2 ArbKrankhG; 616, 617 BGB; 63 HGB; 133c Abs.2 GewO.

Gumpert, BB, 1964, 386 (2); Wuttke, S.77.

- a) Zunächst läge es nahe, an eine Koppelung der Gratifikation mit der Fortzahlung des Arbeitsentgelts zu denken. Dagegen sprechen jedoch zwei Überlegungen:

Einmal dürften die zur Zeit noch abweichenden Vorschriften über Lohn- und Gehaltsfortzahlung bei Arbeitern und Angestellten¹⁴ kaum den Schluß rechtfertigen, die Fürsorgepflicht des ArbGeb habe gegenüber diesen beiden Gruppen von ArbN verschiedenen Umfang; die Gründe hierfür sind vielmehr historischer und politischer Natur. Damit entfällt auch eine Argumentation mit der gegensätzlich geregelten Abdingbarkeit in den Absätzen 1 und 2 des § 616 BGB¹⁵.

Zum anderen beruhen das Entgelt im engeren Sinn und die Gratifikation auf verschiedenen Grundlagen und haben unterschiedliche Funktionen. Während nämlich Lohn und Gehalt das Korrelat zur persönlichen Arbeitsleistung darstellen und den Lebensunterhalt des ArbN zu gewährleisten haben, basiert die Gratifikation auf dem geschäftlichen Erfolg des Unternehmens und bedeutet eine zusätzliche Einnahme des ArbN, ohne daß aber von ihrem Vorhandensein seine Existenzfähigkeit abhinge. Soweit nun im Lauf der Zeit die Fortzahlung des Entgelts eingeführt wurde, war dies ein Weg neben anderen (z.B. der sog. "versicherungsrechtlichen Lösung") zur Sicherstellung der Existenzgrundlage der ArbN. Daraus läßt sich jedoch nicht entnehmen, daß für die Gratifikation, der ja nicht die gleichen Aufgaben zukommen, dasselbe zu gelten hätte¹⁶.

14) Vgl. z.B. § 616 II BGB und § 1 I ArbKrankhG. In absehbarer Zeit ist durch Einführung der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht eine Angleichung zu erwarten.

15) So auch Mayer-Maly, Anm. zu AP Nr.24 zu § 1 HausarbTagsG NRW.

16) Für Anwesenheitsprämie anscheinend a.A. Wuttke (S.76).

- b) Beachtlich bleibt aber der Umstand, daß unabhängig von der arbeits- oder versicherungsrechtlichen Lösung der ArbN bei Krankheit im Endergebnis meist nicht schlechter gestellt ist als während der Arbeitsleistung. Darin könnte der Wille des Gesetzgebers zu einem absoluten finanziellen Benachteiligungsverbot zum Ausdruck kommen¹⁷.

Demgegenüber erscheint jedoch bemerkenswert, daß im Arbeiterkrankheitsgesetz, das den Lebensstandardgedanken konkretisiert, bei der Legaldefinition des Nettoarbeitsentgelts einmalige Zuwendungen ausdrücklich ausgenommen sind (§ 2 I S.2 ArbKrankhG), worunter auch die Gratifikation zu rechnen ist¹⁸. Dies dürfte als Hinweis darauf zu werten sein, daß der Gesetzgeber eine Gratifikation gerade nicht als zur Lebenshaltung gehörig ansieht und den Begriff des Lebensstandards nicht zu weit fassen will; denn andernfalls wäre es durchaus möglich gewesen, die Gratifikation mit einem Teilbetrag zu berücksichtigen, der dem der Berechnung des Nettoarbeitsentgelts zugrunde liegenden Zeitraum zu entsprechen hätte.

In gleiche Richtung führt die Überlegung, daß grundsätzlich Arbeits- und Entgeltspflicht miteinander korrespondieren. Leistungen des ArbGeb trotz Abwesenheit

17) Eine solche Folgerung erwägt Gumpert, BB 1964, 886 (2).

18) So auch Jäger, § 7, Rdnr.55; Schelp-Trieschmann, S.135; Schmatz-Fischwasser, S.117. Sinn dieser Bestimmung ist es, zu vermeiden, daß eine derartige Sonderleistung, die für die Arbeit eines ganzen Jahres gewährt wird, je nach dem zufälligen Zeitpunkt der Krankheit zu unterschiedlichen Leistungen an den ArbN führt. Auch bei Zahlung der Gratifikation in Teilbeträgen dürfte nichts anderes gelten, da durch ihre Einbeziehung die gleiche Wirkung einträte.

des ArbN sind als Ausnahme anzusehen, die besonders vorgeschrieben sein muß¹⁹. Allerdings ist hier zu bedenken, daß das ganze Gebiet des Gratifikationswesens gesetzlich nicht geregelt ist. Der Gesetzgeber wäre deswegen aber nicht gehindert gewesen, für diesen Fall eine besondere Bestimmung zugunsten des ArbN zu treffen, wenn es ihm notwendig erschienen wäre; die Vorschrift des § 2 I S.2 ArbKrankhG deutet jedoch eher auf das Gegenteil.

- c) Wenn sich nun auch aus dem Gesichtspunkt der Wahrung des Lebensstandards ein Verbot der Gratifikationsminderung bei Krankheit nicht zwingend ergibt, könnten doch andere Erwägungen zu diesem Ergebnis führen. So verlangt die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht vom ArbGeb, bei allen seinen Maßnahmen auf das Wohl der ArbN Bedacht zu nehmen und u.U. seine Interessen hinter die der Belegschaft zurückzustellen, wenn diesen größeres Gewicht zukommt²⁰.

Als solches vorrangiges Interesse der Arbeitnehmerseite ließe sich die Ausschaltung der Gesundheitsgefährdung denken, die dadurch entstehen kann, daß jemand zur Vermeidung von Gratifikationsnachteilen arbeitet, obwohl er dazu gesundheitlich nicht in der Lage ist²¹. Nun wird oftmals die Schwere einer Krankheit jede Überlegung des Betroffenen, ob er trotzdem zur Arbeit gehen soll, von vornherein hinfällig machen. Näherliegend ist dagegen eine Gefährdung bei den kleineren Unpäßlichkeiten und hinsichtlich vorzeitiger Arbeitsaufnahme nach schwererer Krankheit.

19) Z.B. §§ 1, 2 ArbKrankhG; 616, 617 BGB; 63 HGB; 133c Abs.2 GewO.

20) Nikisch, Bd.I, § 36 I 2, S.471.

21) Einen Verstoß gegen die Fürsorgepflicht wegen des Anreizes zu gesundheitsgefährdender Betätigung nimmt Wuttke (S.79, 87, 112) an.

Beim Abwägen dieser Gesichtspunkte darf jedoch nicht außer acht gelassen werden, daß die gleiche verantwortliche Entscheidung, ob Schonung erforderlich sei oder nicht, vom ArbN in anderen Situationen getroffen werden muß (etwa am Wochenende oder im Urlaub). Ebenso ist eine Beeinträchtigung der Gesundheit durch Überanstrengung bei Akkordarbeit oder freiwilligen Überstunden²² möglich, ohne daß deswegen die Zulässigkeit einer solchen Leistungsentlohnung angezweifelt würde²³.

Eine gewisse Eigenverantwortung kann dem ArbN somit nicht abgenommen werden. Wenn W u t t k e ²⁴ meint, daß ein echter Vergleich mit anderen Situationen, in denen eine gewisse Gesundheitsgefährdung liegen könne (etwa der Sportausübung), deshalb nicht möglich sei, weil dort keine Bezahlung für das Risiko geboten werde, so muß auf die schon erwähnte Gefährdung durch Überstunden hingewiesen werden, die durchaus die gleiche Kollision mit materiellen Interessen ergibt. Außerdem dürfte es keineswegs erwiesen sein, daß die Aussicht, bei Auszahlung der Gratifikation (womöglich nach Monaten) einige Mark mehr zu erhalten, die Risikobereitschaft jedes Menschen in besonders hohem Maße steigert; eine lange geplante Reise etwa könnte wohl für manchen ein ebenso starker Anreiz sein, eine Krankheit nicht auszukurieren. Schließlich erscheint es noch fraglich, ob gerade die Arbeitsleistung einen höheren Gefährdungsgrad beinhaltet als alle sonstigen privaten Betätigungen, die bei gleichem Gesundheitszustand in Betracht kommen²⁵.

22) Schnorr von Carolsfeld, § 8 B I 3 a, S.312, FuEn.2.

23) So auch Hiersemann, Jahrbuch, S.102.

24) Wuttke, S.87.

25) So aber Wuttke, S.87.

- d) Die Erwägung des BAG in Zusammenhang mit dem Hausarbeitstag, der einem Schutzgesetz zugrunde liegende ideelle Zweck dürfe nicht durch "Abkaufen" umgangen werden und eine diesbezügliche Regelung sei wegen Verstoßes gegen § 134 BGB nichtig²⁶, ist jedoch auch hier nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Dies gilt umsomehr, als die Gesundheitsgefährdung durch Arbeit in krankem Zustand sicherlich größer ist als bei bloßem Verzicht auf den Hausarbeitstag²⁷. Als "Kaufobjekt" ließe sich das Recht, wegen Krankheit der Arbeit fernzubleiben²⁸, ansehen, das schlüssig etwa in §§ 616, 617 BGB, 63 HGB, 133c Abs.2 GewO zum Ausdruck kommt.

Andererseits kann dieser Gesichtspunkt nicht immer durchgreifen, wie sich aus der erwähnten Rechtsprechung zum Urlaub bei Krankheit ergibt²⁹. Denn wenn in bestimmten Fällen schon der Urlaub, der direkt der Erholung dient, versagt werden kann, ohne daß dem die mögliche Gesundheitsgefährdung des ArbN entgegenstünde³⁰, so dürfte nicht der Anreiz einer etwas höheren Gratifikation von vornherein unzulässig sein, weil hier ja der freie Entschluß des ArbN, ob er arbeiten will oder nicht, dazwischengeschaltet und eine etwaige Gefährdung deshalb nur in wesentlich geringerem Umfang denkbar ist.

- e) Anzuerkennen ist allerdings, daß die Höhe des auf dem Spiele stehenden Betrages dem ArbN die Entscheidung beträchtlich erschweren und ihn zu einem für seine Gesundheit nachteiligen Verhalten veranlassen kann.

26) BAG AP Nr.24 zu § 1 HausarbTagsG NRW.

27) Mayer-Maly, Ann. zu AP Nr.24 zu § 1 HausarbTagsG NRW; Wuttke, S.64.

28) Wuttke, S.62, unter Hinweis auf Hueck-Höppnerley, Bd.1, IV 2, S.221, Fußn.40.

29) Siehe Fußn.6, S.29.

30) Teilweise wird zwar behauptet, daß dieses auch ein beständiges Erholungsbedürfnis nichts ändere, falls es nicht arbeits-

ten wie z.B. §§ 123 Abs.1 Nr.8, 133c Abs.1 Nr.4 GewO und § 72 Abs.1 Nr.3 HGB, die in bestimmten Fällen sogar eine außerordentliche Kündigung gerade wegen Krankheit zulassen⁴¹.

Nach alledem kann davon ausgegangen werden, daß der ArbGeb nicht gegen seine Fürsorgepflicht⁴² verstößt, wenn er auch unverschuldete krankheitsbedingte Fehlzeiten zur Bemessung der Gratifikation heranzieht. Der Rechtsprechung des BAG⁴³, die die Berücksichtigung von Krankheitsausfällen bei der Gratifikation zuläßt, ist daher im Ergebnis zuzustimmen⁴⁴.

sei finanziell so ausgestaltet, als ob krankheitsbedingter Arbeitsausfall nicht eingetreten wäre.

- 41) Krankheit kann je nach den Umständen ein wichtiger Grund gemäß §§ 626 BGB, 124a GewO, 70 HGB sein (Hessel, S.36; Jäger, § 8, Rdnr.7; Schelp-Trieschmann, S.241 f.).
- 42) A.A. Wuttke, S.87; zweifelnd Gumpert, BB 1964, 886 (2).
- 43) Insbesondere AP Nr.35, 58 zu § 611 BGB Gratifikation (jeweils mit im wesentlichen zustimmender Anm. von Mayer-Maly); ähnlich AP Nr.16 zu § 2 ArbKrankhG und AP Nr.24 zu § 1 HausarbTagsG NRW. Das dort gebrauchte Argument, eine Unterscheidung zwischen verschuldeter und unverschuldeter Abwesenheit sei kaum möglich und daher dem ArbGeb bei freiwilligen Leistungen nicht zumutbar, berührt eine Frage der Praktikabilität. Es kann daher zwar zur Interessenabwägung herangezogen werden, nicht jedoch selbständig eine Gleichbehandlung beider Situationen rechtfertigen, da in anderen Fällen unverschuldeter Abwesenheit durchaus vorrangige Gegengründe denkbar sind.
- 44) Für die Berücksichtigungsmöglichkeit ferner ArbG Bremen, WA 1959, S.61; Boldt, ZAS 1968, 1 (II 4); Haberkorn, S.28; Hiersemann, Jahrbuch, S.102; Hohn, S.25; Palandt-Putzo, BGB, § 611, Anm. 3 a aa; Schelp-Trieschmann, S.89; Schwedes, BABl. 1966, 169 (I 2); Stahlhacke, GewO, § 105, Anm. IX 11 a bb; kritisch Herschel, SAE 1965, 6, der von echtem Lohnbestandteil ausgeht; zweifelnd Gumpert, BB 1964, 886; unendlich Bobrowski-Gaul, Arbeitsrecht, E VIII, Rdnr.45. Abgelehnt wird die Berücksichtigung krankheitsbedingter Arbeitsversäumnis vom ArbG Berlin (Entsch.Kal. 1963, 403); ebenso Jäger, § 7, Rdnr.11; Wuttke, S.70, 76, 110. Gegen A u s c h l u ß von der Gratifikation, ohne auf die Frage anteiliger K ü r z u n g einzugehen z.B. LAG München, ARLBayerArbMin. 1950, 455; LAG Stuttgart, WA 1959, S.75; ArbG Berlin, Entsch.Kal. 1963, 489.

C. Ergänzende Fragen

1. Unabhängig von der Schuld kann allerdings zweifelhaft sein, ob nicht danach differenziert werden müßte, in welchem Bereich die Ursache der Krankheit lag, ob also für eine im Betrieb zugezogene Erkrankung (z.B. im Zusammenhang mit einem Betriebsunfall) andere Gesichtspunkte zu gelten hätten als etwa für eine Krankheit während des Urlaubs.

Nun wird aber - von den Betriebsunfällen abgesehen - eine sichere Feststellung über den Ursprungsort einer Krankheit meist nur schwer oder überhaupt nicht zu treffen sein. Hinsichtlich der Betriebsunfälle selbst könnte zwar an eine gesteigerte Fürsorgepflicht des ArbGeb gedacht und daraus gefolgert werden, daß derartige Ausfallzeiten nicht nachteilig berücksichtigt werden dürften. Andererseits kann jedoch nicht außer Betracht bleiben, daß angesichts des im Laufe der Zeit erheblich verbesserten betrieblichen Unfallschutzes und der ebenso gestiegenen Gefahren außerhalb des Betriebes (vor allem im Straßenverkehr) keineswegs die Gefährdung am Arbeitsplatz größer zu sein braucht. Aus diesen Gründen erscheint es vertretbar, alle unverschuldeten Krankheiten gleichzubehandeln. Da bei Verschulden des ArbGeb volle Zahlung zu leisten ist⁴⁵, bedeutet eine solche Regelung auch keine untragbare Beeinträchtigung der Arbeitnehmerinteressen.

Eine günstigere Behandlung bestimmter Ursachengruppen (also etwa der Betriebsunfälle) ist deswegen nicht ausgeschlossen, sofern dafür sachliche Gesichtspunkte maßgebend sind; hierbei muß dann jedoch der Gleichbehandlungsgrundsatz gewahrt bleiben⁴⁶.

2. Für die Beweislastverteilung wird das Prinzip aus dem Bereich der ordentlichen Gerichte anzuwenden sein, wonach derjenige, der sich auf das Verschulden eines anderen

45) Siehe B 2, S.30.

46) Siehe hierzu § 1, S.14 ff.

ten wie z.B. §§ 123 Abs.1 Nr.8, 133c Abs.1 Nr.4 GewO und § 72 Abs.1 Nr.3 HGB, die in bestimmten Fällen sogar eine außerordentliche Kündigung gerade wegen Krankheit zulassen⁴¹.

Nach alledem kann davon ausgegangen werden, daß der ArbGeb nicht gegen seine Fürsorgepflicht⁴² verstößt, wenn er auch unverschuldete krankheitsbedingte Fehlzeiten zur Bemessung der Gratifikation heranzieht. Der Rechtsprechung des BAG⁴³, die die Berücksichtigung von Krankheitsausfällen bei der Gratifikation zuläßt, ist daher im Ergebnis zuzustimmen⁴⁴.

sei finanziell so ausgestaltet, als ob krankheitsbedingter Arbeitsausfall nicht eingetreten wäre.

- 41) Krankheit kann je nach den Umständen ein wichtiger Grund gemäß §§ 626 BGB, 124a GewO, 70 HGB sein (Hessel, S.36; Jäger, § 8, Rdnr.7; Schelp-Trieschmann, S.241 f.).
- 42) A.A. Wuttke, S.87; zweifelnd Gumpert, BB 1964, 886 (2).
- 43) Insbesondere AP Nr.35, 58 zu § 611 BGB Gratifikation (jeweils mit im wesentlichen zustimmender Anm. von Mayer-Maly); ähnlich AP Nr.16 zu § 2 ArbKrankhG und AP Nr.24 zu § 1 HausarbTagsG NRW. Das dort gebrauchte Argument, eine Unterscheidung zwischen verschuldeter und unverschuldeter Abwesenheit sei kaum möglich und daher dem ArbGeb bei freiwilligen Leistungen nicht zumutbar, berührt eine Frage der Praktikabilität. Es kann daher zwar zur Interessenabwägung herangezogen werden, nicht jedoch selbständig eine Gleichbehandlung beider Situationen rechtfertigen, da in anderen Fällen unverschuldeter Abwesenheit durchaus vorrangige Gegengründe denkbar sind.
- 44) Für die Berücksichtigungsmöglichkeit ferner ArbG Bremen, WA 1959, S.61; Boldt, ZAS 1968, 1 (II 4); Haberkorn, S.28; Hiersemann, Jahrbuch, S.102; Hohn, S.25; Palandt-Putzo, BGB, § 611, Anm. 3 a aa; Schelp-Trieschmann, S.89; Schwedes, BABI. 1966, 169 (I 2); Stahlhacke, GewO, § 105, Anm. IX 11 a bb; kritisch Herschel, SAE 1965, 6, der von echtem Lohnbestandteil ausgeht; zweifelnd Gumpert, BB 1964, 886; undeutlich Bobrowski-Gaul, Arbeitsrecht, E VIII, Rdnr.43. Abgelehnt wird die Berücksichtigung krankheitsbedingter Arbeitsversäumnis von ArbG Berlin (Entsch.Kal. 1963, 403); ebenso Jäger, § 7, Rdnr.11; Wuttke, S.76, 110. Gegen Ausschluss von der Gratifikation, ohne auf die Frage anteiliger Kürzung einzugehen z.B. IAG München, ABIBayerArbMin. 1950, 455; IAG Stuttgart, WA 1959, S.75; ArbG Berlin, Entsch.Kal. 1963, 489.

C. Ergänzende Fragen

1. Unabhängig von der Schuld kann allerdings zweifelhaft sein, ob nicht danach differenziert werden müßte, in welchem Bereich die Ursache der Krankheit lag, ob also für eine im Betrieb zugezogene Erkrankung (z.B. im Zusammenhang mit einem Betriebsunfall) andere Gesichtspunkte zu gelten hätten als etwa für eine Krankheit während des Urlaubs.

Nun wird aber - von den Betriebsunfällen abgesehen - eine sichere Feststellung über den Ursprungsort einer Krankheit meist nur schwer oder überhaupt nicht zu treffen sein. Hinsichtlich der Betriebsunfälle selbst könnte zwar an eine gesteigerte Fürsorgepflicht des ArbGeb gedacht und daraus gefolgert werden, daß derartige Ausfallzeiten nicht nachteilig berücksichtigt werden dürften. Andererseits kann jedoch nicht außer Betracht bleiben, daß angesichts des im Laufe der Zeit erheblich verbesserten betrieblichen Unfallschutzes und der ebenso gestiegenen Gefahren außerhalb des Betriebes (vor allem im Straßenverkehr) keineswegs die Gefährdung am Arbeitsplatz größer zu sein braucht. Aus diesen Gründen erscheint es vertretbar, alle unverschuldeten Krankheiten gleichzubehandeln. Da bei Verschulden des ArbGeb volle Zahlung zu leisten ist⁴⁵, bedeutet eine solche Regelung auch keine untragbare Beeinträchtigung der Arbeitnehmerinteressen.

Eine günstigere Behandlung bestimmter Ursachengruppen (also etwa der Betriebsunfälle) ist deswegen nicht ausgeschlossen, sofern dafür sachliche Gesichtspunkte maßgebend sind; hierbei muß dann jedoch der Gleichbehandlungsgrundsatz gewahrt bleiben⁴⁶.

2. Für die Beweislastverteilung wird das Prinzip aus dem Bereich der ordentlichen Gerichte anzuwenden sein, wonach derjenige, der sich auf das Verschulden eines anderen

45) Siehe B 2, S.30.

46) Siehe hierzu § 1, S.14 ff.

berufen will, dieses zu beweisen hat⁴⁷. Gelingt dem ArbN der Beweis nicht, ist daher wie bei unverschuldeter Krankheit (B 3) zu verfahren.

Diese Lösung dürfte den Vorteil der Praktikabilität für sich haben, da damit der weitaus überwiegende Teil aller Krankheitsfälle (B 1 u. 3) gleichzubehandeln ist. Die Aufbürdung des Beweises für das Verschulden des ArbGeb erscheint auch dem ArbN gegenüber nicht unzumutbar, da in diesen verhältnismäßig seltenen Fällen der Nachweis oft erleichtert sein wird, etwa durch das Ergebnis der amtlichen Unfalluntersuchung⁴⁸.

3. Es sei eingeräumt, daß das generelle Verbot, die Gratifikation wegen krankheitsbedingter Fehlzeiten herabzusetzen, gesundheitspolitisch wünschenswerter sein mag. Hierfür wäre jedoch eine entsprechende gesetzliche Regelung erforderlich; der jetzige Rechtszustand reicht dazu nicht aus.

47) Z.B. Palandt-Danckelmann-Heinrichs, Anm. 8 a vor § 249 BGB; Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl. 1961, § 114 I 2, S.555; Schnorr von Carolsfeld, § 12 B VIII 4 b, S.477 f.

Soweit ein Prima-facie-Beweis in Betracht kommt, sind dabei aus dem das ArbR durchziehenden Gedanken des ArbN-Schutzes gewisse Modifikationen erforderlich; so wird etwa bei einem Betriebsunfall, wenn sich hinsichtlich der betrieblichen Anlagen ein Verstoß gegen die UVV herausgestellt hat, zunächst auf ein Verschulden des ArbGeb geschlossen werden müssen (Schnorr von Carolsfeld, § 7 F I 1 k, S.268).

48) Vgl. §§ 1552 ff. RVO sowie § 5 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift über das Zusammenwirken der Träger der Unfallversicherung und der Gewerbeaufsichtsbehörden vom 26.7.1968 (Bundesanz. Nr.142 vom 2.8.1968). So auch für die Schweiz: Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 4. Aufl.1948, S.303.

D. Ergebnis

Der ArbGeb kann somit - abgesehen vom Fall seines Verschuldens, das der ArbN zu beweisen hat - alle Arbeitsversäumnisse wegen Krankheit bei Bemessung der Gratifikation nachteilig berücksichtigen; Ursache, Verschulden des ArbN und Fortzahlung des Entgelts sind dabei unerheblich.

§ 6 Kur- und Heilbehandlung

A. Begriffsabgrenzung

Kuren treten im Arbeitsleben in verschiedenen Formen in Erscheinung, ohne daß sich bisher ein einheitlicher Gebrauch der dafür verwendeten Namen (z.B. Vorsorge-, Vorbeugungs-, Genesungs- und Erholungskur¹⁾) in Rechtsprechung und Schrifttum eingebürgert hätte. Veranlaßt werden sie meist vom Träger der Sozialversicherung, können aber ebenso von anderen Organisationen und auch vom ArbN selbst auf ärztliches Anraten hin durchgeführt werden. An die eigentliche Kur schließt sich dabei meist noch eine sogenannte Schonzeit an, ehe die Arbeit wieder aufgenommen wird.

In vielen Fällen sind die Kur- und Heilverfahren mit krankheitsbedingtem Arbeitsausfall gleichzusetzen, selbst wenn sie ohne unmittelbare Arbeitsunfähigkeit nur vorbeugend zur Erhaltung, Besserung und Wiederherstellung der geminderten Erwerbsfähigkeit vorgenommen werden²⁾. Anders ist es dagegen bei den reinen Erholungskuren, die unabhängig von einer

1) So Gros, AR-Blattei, Krankheit des Arbeitnehmers I Übersicht D IX 1; eine andere Einteilung wählt etwa Kukul, Die arbeitsrechtliche Behandlung von Kuren und Schonzeiten im Betrieb, MuA 1967, 112.

2) Hessel, S.16; Jäger, § 2, Rdnr.15 f.; Schelp-Trieschmann, S.6 f. m.w.Nachw.

Erkrankung allein der Aufbesserung des allgemeinen Befindens dienen sollen³. Sie können nicht unter die Krankheit im arbeitsrechtlichen Sinn gerechnet werden; deshalb erscheint auch eine gesonderte Behandlung dieser Gruppe von Arbeitsausfällen angebracht.

B. Fallgruppen

1. Für alle Kur- und Heilverfahren, bei denen Arbeitsunfähigkeit vorliegt und die sich damit von sonstiger Krankheit nur durch die Inanspruchnahme dieses besonderen "Heilmittels" unterscheiden, können die dort gefundenen Grundsätze übernommen werden, d.h. also, daß - vom Verschulden des ArbGeb abgesehen⁴ - die Ausfallzeiten für die Bemessung der Gratifikation herangezogen werden können.
2. Für die vorbeugenden Kuren bei Arbeitsfähigkeit gilt zunächst nichts anderes; dabei ist es unerheblich, ob das Arbeitsentgelt fortgewährt wird oder nicht, bzw. ob der ArbGebZuschuß nach § 1 Abs.1 ArbKrankhG zu zahlen ist.

Allerdings muß berücksichtigt werden, daß derartige Kuren, soweit nicht § 10 BUrlG entgegensteht, auf den Erholungsurlaub angerechnet werden können⁵. In diesem Fall wäre die Gratifikationskürzung eine ungerechtfertigte Benachteiligung gegenüber anderen ArbN, die ihren Erholungsurlaub "normal" verbringen, zumal eine derartige

3) Jäger, § 2, Rdnr.22; Schelp-Trieschmann, S.7.

4) Siehe § 5 B 2, S.30.

5) Es handelt sich also um Kuraufenthalte in § 10 BUrlG nicht genannter Träger sowie um solche, die die übliche Gestaltung eines Erholungsurlaubs nicht wesentlich beeinträchtigen. Entscheidend ist dabei, inwieweit der ArbN in dieser Zeit durch Kurpflichten gebunden und in seiner Zeiteinteilung und Bewegungsfreiheit beschränkt ist (BAG, BB 1962, 597; Jäger, § 9, Rdnr.6c, d).

Urlaubsgestaltung der künftigen Arbeitsleistung förderlicher sein dürfte als manche der sonst gebräuchlichen Formen.

Bei nur teilweiser Anrechnung auf den Erholungsurlaub⁶ ist jedoch für die darüber hinausgehende Zeit der Kur eine Herabsetzung der Gratifikation nach den allgemeinen Grundsätzen wieder möglich.

3. Hinsichtlich der reinen Erholungskuren, die keine Krankheitszeit im arbeitsrechtlichen Sinn darstellen⁷, bestehen an sich gegen eine Gratifikationsminderung ebensowenig Bedenken. Im Regelfall wird hier jedoch Anrechnung auf den Erholungsurlaub erfolgen⁸, so daß wie bei den vorbeugenden Kuren eine Kürzung nicht in Betracht kommt.
4. Ähnliches gilt für die meistens auf eine Kur folgenden sogenannten Schonzeiten oder Nachkuren. Liegt dabei nicht ausnahmsweise Arbeitsunfähigkeit vor, werden die dem ArbN auferlegten Beschränkungen im allgemeinen nicht so einschneidend sein, daß aus diesem Grund die Anrechnung auf den Erholungsurlaub ausgeschlossen wäre⁹. Infolgedessen darf dann aber die Gratifikation nicht gekürzt werden.

6) Diese kommt dann in Betracht, wenn die Frage der erheblichen Beeinträchtigung zweifelhaft ist oder der noch zur Verfügung stehende Urlaub nicht ausreicht (BAG AP Nr.1 zu § 611 BGB Urlaub und Kur; Jäger, § 9, Rdnr. 6d, 8).

7) Jäger, § 2, Rdnr.22; Schelp-Trieschmann, S.217.

8) Jäger, § 9, Rdnr.6e.

9) Jäger, § 9, Rdnr.6b, e.

C. Ergebnis

Es zeigt sich also, daß für die Gratifikation allein entscheidend ist, ob und inwieweit eine Kur oder Schonzeit auf den Erholungsurlaub angerechnet wird. Im gleichen Umfang entfällt auch die Möglichkeit einer Herabsetzung der Gratifikation, da sonst die betroffenen ArbN zu Unrecht benachteiligt wären. Im übrigen aber ist eine Besserstellung gegenüber krankheitsbedingtem Arbeitsausfall nicht erforderlich; die jeweilige Regelung der Entgeltfortzahlung spielt dabei keine Rolle.

§ 7 Mutterschutz

A. Beschäftigungsverbote

1. Entwicklung und gegenwärtige gesetzliche Ausgestaltung

- a) Das Ergebnis für krankheitsbedingte Ausfälle kann nicht einfach übernommen werden, da der Schutz der Mutter über den des Kranken hinausgeht und womöglich andere Lösungen erfordert. Neben der verfassungsmäßigen Verankerung in Art.6 Abs.4 GG¹ besteht hier eine eigene Gesetzgebung, die seit der ersten gewerberechtlichen Novellierung von 1878 laufend ausgebaut wurde und durch das Mutterschutzgesetz von 1952 in der Fassung der Neubekanntmachung vom 18.4.1968 ihren vorläufigen Endpunkt mit zahlreichen weiteren Verbesserungen gefunden hat².

1) Auf die Streitfrage, ob es sich um ein Grundrecht oder nur um einen programmatischen Rechtssatz handelt, kann nicht näher eingegangen werden; vgl. hierzu Kraft, SAE 1957, 267 und Bulla, Jahrb., S.48, Fußn.10a m.w.Nachw.

2) Darstellung der Entwicklung bei Bulla, Mutterschutzgesetz, 3.Aufl. 1968, Einleitung, Rdnr.1 ff.

- b) Eine bedeutsame Eigenart stellen darin die verschiedenen ausgestalteten Verbote dar, die innerhalb gewisser Schutzfristen entweder jede Beschäftigung verbieten (§ 6 Abs.1 MuSchG) oder der Schwangeren die Entscheidung überlassen, ob sie arbeiten will (§ 3 Abs.2 MuSchG), teils bestimmte Arbeiten generell untersagen (§§ 4, 6 III, 8 MuSchG), teils auch nur je nach dem gesundheitlichen Zustand der Frau im Einzelfall eingreifen (§§ 3 I, 6 II MuSchG). Gemeinsam ist ihnen das Bestreben, die Mutter möglichst weitgehend vor wirtschaftlichen Nachteilen zu schützen, damit für sie kein Anlaß besteht, aus finanziellen Erwägungen zu ihres und des Kindes Schaden zu arbeiten³. Diesem Zweck dient insbesondere § 200c Abs.2 RVO, der den Anspruch auf Mutterschutzgeld ruhen läßt, soweit Arbeitsverdienst erzielt wird, und mit dem Wegfall des finanziellen Vorteils auch das Interesse an der als unerwünscht empfundenen Weiterarbeit⁴ kräftig dämpfen dürfte.
- c) Bemerkenswert ist schließlich, daß die Beschäftigungsverbote durch Straf- und Bußgeldvorschriften abgesichert sind (§ 21 MuSchG).

2. Zwingen diese Besonderheiten nun zu einer abweichenden Entscheidung?

- a) Dazu ist einmal anzuführen, daß Art.6 Abs.4 GG sich nicht an den ArbGeb, sondern an die Gemeinschaft wendet, also Schutz und Fürsorge der Mutter in erster Linie als deren Aufgabe ansieht. Diesem Verfassungssatz entsprach der Gesetzgeber durch Schaffung des

3) Z.B. BAG AP Nr.3 (III c aa) zu § 10 MuSchG; Bulla, MuSchG, § 11, RdNr.1 m.w.Nachw.; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 69 III, S.727; Nikisch, Bd.I, § 43 V 2 b, S.636, FuBn.146; Wuttke, S.53 f.

4) Siehe Bulla, Jahrb., S.51. Für Frauen, denen kein Anspruch auf Mutterschaftsgeld nach der RVO zusteht, kommt die abklingende Tendenz des Gesetzgebers durch die Anordnung der Entgeltfortzahlung bei bestimmten Beschäftigungsverboten zum Ausdruck (§ 11 MuSchG).

Mutterschutzgesetzes von 1952, wobei ein großer Teil der darin enthaltenen finanziellen Leistungen dem ArbGeb aufgebürdet wurde⁵. Da es unbillig erscheint, ihn mit dem gesamten Risiko der Schwangerschaft einer Arbeitnehmerin zu belasten, und das Mutterschutzgesetz bereits auf einer Interessenabwägung beruht⁶, wird zu folgern sein, daß seine Regelungen als die Grenzen der Arbeitgeberpflichten anzusehen sind⁷.

- b) Wenn auch im Lauf der Zeit ziemlich durchlöchert, gilt grundsätzlich immer noch das Prinzip der gegenseitigen Abhängigkeit von Arbeit und Entgelt. Vor allem im Bereich der zusätzlichen Leistungen dürfte es nach wie vor seine Bedeutung haben, weil dort ein sozialpolitisches Bedürfnis zur Durchbrechung nur wesentlich geringer sein kann, da ja der Lebensunterhalt des ArbN durch die Regelleistungen bereits sichergestellt wird. Wo diese Abhängigkeit dem Gesetzgeber nicht tragbar erschien, wurden gegenteilige Vorschriften erlassen. Die Nichtaufnahme einer entsprechenden Gratifikationsbestimmung in das Gesetz bei den mehrfachen Veränderungen und Verbesserungen der letzten Jahre muß deshalb als Indiz dafür gewertet werden, daß dem ArbGeb kein derartiges Differenzierungsverbot auferlegt werden sollte. Dies gilt umso mehr, als wiederholt nach höchstrichterlichen

5) Daneben werden auch anderen Stellen Pflichten auferlegt, z.B. in § 12 (Sonderunterstützung zu Lasten des Bundes bei zulässiger Kündigung), § 13 (Mutterschaftsgeld nach RVO oder zu Lasten des Bundes), § 15 Abs.1 MuSch (sonstige Leistungen nach RVO).

6) Bulla, Jahrb., S.49.

7) Umstritten, wie hier z.B. BAG AP Nr.58 (3) zu § 611 BGB Gratifikation; AP Nr.1 (2) zu § 8 MuSchG (zustimmend Bulla, Jahrb., S.69); Nr.4 (2) zu § 3 BUrtG Rechtsmißbrauch; Trieschmann, ArbuR 1968, 223 (4); Wuttke, S.48.

Entscheidungen zu Fragen, die im Gesetzestext offen geblieben waren, eine Ergänzung des Wortlauts in der einen oder anderen Richtung vorgenommen wurde⁸, während auf die hier einschlägige Entscheidung des BAG vom 30.3.1967⁹ hin, die Abzüge für Fehlzeiten zuließ, keine Änderung erfolgte.

- c) Am ehesten dürfte noch die Gefahr von Gesundheitsschäden ein Argument sein, das der Gestaltungsfreiheit des ArbGeb vorzugehen hätte. Dieser Gedanke kommt in einer Entscheidung des BAG zum Hausarbeitstag zum Ausdruck und führt dort unter dem Gesichtspunkt des Abkaufens eines zwingenden Rechts zur Nichtigkeit der vom ArbGeb getroffenen Regelung¹⁰. Wenn nun schon der Verzicht auf den Hausarbeitstag derart gefährlich für die Gesundheit einer Frau sein sollte, daß darin ein Widerspruch zum bindenden Willen des Gesetzgebers zu erblicken wäre, läge es nahe, eine solche Gefahr noch viel mehr in einer Regelung zu sehen, die einer Schwangeren das Recht abkaufen könnte, in den letzten 6 Wochen vor der Entbindung nicht zu arbeiten (§ 3 Abs.2 MuSchG)¹¹.

Ähnlich wie bei Krankheit sollte aber auch hier die selbstverantwortliche Entscheidung¹² der Schwangeren im Vordergrund stehen, die zwischen dem Interesse an zusätzlicher finanzieller Leistung - ihr normales

8) Z.B. hinsichtlich des Mehrarbeitsverdienstes (BAG AP Nr.1 zu § 8 MuSchG) oder bezüglich des Wechsels der Entlohnungsart (BAG AP Nr.3 zu § 10 MuSchG) durch Änderung des jetzigen § 11 Abs.1 MuSchG.

9) AP Nr.58 zu § 611 BGB Gratifikation.

10) AP Nr.24 zu § 1 HausarbTagsG NRW.

11) Abkaufen nimmt jedenfalls für die Anwesenheitsprämie Wutts (S.50) an, läßt aber offen, ob der Erfolgsgedanke außerhalb der Anwesenheitsprämie eine solche Regelung zulässig machen könne (S.51); siehe hierzu auch Bulla, Jahrb., S.51.

12) Bulla, Jahrb., S.51, der allerdings de lege ferenda eine Angleichung an § 6 MuSchG erwägt.

Arbeitsentgelt ist ihr ohnehin nach §§ 11, 13, 14 MuSchG sicher - und etwaiger Gesundheitsgefahr abwägen muß¹³, wobei ihr in besonderem Maß ärztlicher Rat zur Verfügung steht¹⁴.

Kollisionen materieller Interessen mit solchen der Gesundheit treten auch in anderen Lebenssituationen (etwa bezüglich Überstunden und Akkordarbeit) auf und müssen vom ArbN unter Abwägung von Vorteil und Risiko entschieden werden¹⁵.

Daß dadurch die Arbeitnehmerin nach Meinung des Gesetzgebers nicht überfordert zu sein braucht, zeigen die getroffenen unterschiedlichen Regelungen, die teilweise (so § 3 Abs.2 MuSchG im Gegensatz zu § 6 Abs.1) die Entscheidung über die Weiterarbeit ausdrücklich der Schwangeren überlassen.

Für die absoluten (generellen und individuellen) Beschäftigungsverbote dürfte nichts anderes gelten. Die Bemessung nach dem Erfolgsbeitrag wird nicht dadurch willkürlich, daß der Arbeitnehmerin hier keine freie Entscheidung möglich ist¹⁶. Auch bei Krankheit mit Ansteckungsgefahr kann ja (wenngleich ohne Sanktion nach dem Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitenrecht) das Fernbleiben vom Arbeitsplatz Pflicht sein¹⁷.

13) A.A. Wuttke (S.54 ff.) für § 3 Abs.2 MuSchG. Er entnimmt aus § 200d RVO, daß diese Entscheidung unabhängig von finanziellen Erwägungen gefällt werden solle, um eine Interessenkollision zu vermeiden. Ein Abzug bei Prämien und ähnlichen Leistungen würde eine Umgehung des Gesetzeszwecks darstellen und sei daher unzulässig.

14) § 15 MuSchG in Verbindung mit §§ 195 ff. RVO.

15) Zur gleichartigen Situation bei Krankheit vgl. § 5 B 3 c-f, S.33 ff.

16) Wuttke (S.52, Fußn.102) scheint im Rahmen der Anwesenheitsprämie dagegen hierin eine Orientierung an Merkmalen zu sehen, die mit dem Zweck einer solchen freiwilligen Leistung sachlich unvereinbar sind.

17) BAG AP Nr.35 (2) zu § 611 BGB Gratifikation.

d) Wenn Meisel-Hiersemann¹⁸ die Ansicht vertreten, Schwangerschaft sei ein "unsachlicher Gesichtspunkt", der nicht zur Differenzierung bei der Gratifikation herangezogen werden dürfe, so braucht sich schließlich auch daraus keine andere Entscheidung zu ergeben. Zwar darf die Schwangerschaft nicht als Differenzierungsgrundlage verwendet werden¹⁹, das ist hier aber gar nicht der Fall. Anknüpfungspunkt ist vielmehr der unterschiedliche Beitrag zum betrieblichen Erfolg²⁰; daß dabei neben Fällen vorwerfbareren Verhaltens auch Arbeitsversäumnisse betroffen sind, die der Gesetzgeber billigt oder gar erzwingt, muß als unvermeidbare Folge in Kauf genommen werden, solange ein gegenteiliger Rechtssatz fehlt²¹.

e) Aufgabe sachgerechter Ausgestaltung ist es deshalb, unter Berücksichtigung der Tatsache, daß die Prämierung der Anwesenheit nicht den einzigen Zweck der Gratifikation darstellt, den finanziellen Anreiz so zu bemessen, daß eine verständige Arbeitnehmerin dadurch zu keiner für ihre Gesundheit unverantwortlichen Entscheidung veranlaßt wird²².

3. Man wird daher zum Ergebnis kommen müssen, daß die schwangerschaftsbedingten Beschäftigungsverbote wie Krankheits-

18) Meisel-Hiersemann, MuSchG, § 11, Rdnr.47.

19) Ähnlich wohl BAG AP Nr.58 (4) zu § 611 BGB Gratifikation; IAG Hamm, ArbUR 1963, 380; Bulla, Jahrb., S.61.

20) AP Nr.58 (2) zu § 611 BGB Gratifikation.

21) So für die Frage des Wegfalls des Urlaubsanspruchs bei schwangerschaftsbedingtem Fehlen BAG AP Nr.4 zu § 3 BUrl. Rechtsmißbrauch; siehe hierzu auch BAG AP Nr.35, 58 zu § 611 BGB Gratifikation; AP Nr.24 zu § 1 HausarbTagsG Nr. AP Nr.16 zu § 2 ArbKrankhG; Haberkorn, S.28; Hohn, S.25; Meisel-Hiersemann, MuSchG, § 11, Rdnr.48; Schwedes, BABl. 1966, 169 (12).

22) Vgl. hierzu BAG AP Nr.58 (2) zu § 611 BGB Gratifikation.

fälle behandelt werden können²³. Für diese Lösung spricht auch die Lohnzahlungsregelung, die mit Mutterschaftsgeld und Arbeitgeberzuschuß derjenigen im ArbKrankhG weitgehend angeglichen ist²⁴. Eine entsprechende Herabsetzung der Gratifikation ist somit zulässig.

B. Stillzeiten (§ 7 MuSchG)

1. Für die Möglichkeit der Gratifikationskürzung spricht zunächst die Ähnlichkeit mit den allgemeinen Beschäftigungsverboten nach §§ 3, 4, 6 MuSchG. Wenn auch die Arbeitsunterbrechungen im Einzelfall hier verhältnismäßig kurz sind (60 - 90 Minuten pro Tag), summieren sie sich doch und können im gesamten Gratifikationszeitraum einer Abwesenheit von mehreren Arbeitstagen entsprechen. Fallen etwa Verkäuferinnen während des Weihnachtsgeschäftes unter diese Regelung, wird schon die organisatorische Durchführung dem ArbGeb erhebliche Schwierigkeiten bereiten; ebenso sind fühlbare Auswirkungen auf das Jahresergebnis möglich.

23) So auch BAG AP Nr.58 zu § 611 BGB Gratifikation mit teilweise kritischer Anm. Mayer-Maly; zustimmend Boldt, ZAS 1968, 1 (II 4); Bulla, MuSchG, § 13, Rdnr.101 b; Fauth, DB Beilage Nr.16/1967 VI 2 c; Stahlhacke, GewO, § 105, Anm. IX 11 a bb; Trieschmann, ArbUR 1968, 223. Im Ergebnis ebenso ArbG Bremen, ARSt XVI Nr.105; ArbG Gelsenkirchen, BB 1956, 529 und WA 1957, S.100. Das gegenteilige obiter dictum des BSozG in AP Nr.9 zu § 13 MuSchG erklärt sich daraus, daß im entschiedenen Fall ein Anspruch auf die Weihnachtsgratifikation bestand. A.A. LAG Hamm, ArbUR 1963, 380 (aber eingeschränkt LAG Hamm in DB 1965, 1821); ArbG Aalen, BB 1966, 62; Wuttke, S.57. Bedenklich ArbG Berlin (Entsch.Kal. 1962, 343), das sogar gänzlichen Ausschluß für möglich hält, wenn das MuSchG die Kündigung verhindert. Für Österreich a.A. Dittrich-Veit-Tades, § 15 österr.MuSchG, Anm.6 und Martinek-Schwarz, AngG 1965, § 16, Anm.2; hierbei dürfte allerdings jeweils eine Remuneration (= Gratifikation) mit Rechtsanspruch gemeint sein.

24) Das BSozG (AP Nr.9 zu § 13 MuSchG) läßt demzufolge die Gratifikation auch bei der Ermittlung des Durchschnittsverdienstes nach § 13 MuSchG unberücksichtigt.

2. Auch das Verbot des Verdienstausfalls (§ 7 II S.1 MuSchG) betrifft seinem Wortlaut nach die Gratifikation nicht unbedingt; es könnte auf den reinen Lohn und die laufenden Zulagen beschränkt sein. Bedeutsam dürfte aber seine Verbindung zu § 7 II S.2 MuSchG sein, der die Vor- und Nacharbeit der Stillzeit sowie deren Anrechnung auf andere Ruhepausen verbietet. Ist Satz 1 nämlich eng aufzufassen, so daß er den ArbGeb nicht hindert, die Arbeitsversäumnis bei der Gratifikation zu berücksichtigen, bedeutet dies für die Frau eine gesetzlich erzwungene finanzielle Einbuße, da sie den Zeitverlust ja nicht ausgleichen darf. Ob eine solche Konsequenz vom Gesetzgeber gewollt sein sollte, erscheint immerhin fraglich.
3. Gegen die Folgerung eines absoluten Nachteilverbotes aus dem Zusammenhang mit § 7 II S.2 MuSchG könnte man nun einwenden, zwar werde an dieser Stelle im Gegensatz etwa zu den §§ 3 und 6 MuSchG das Vor- und Nacharbeitsverbot ausdrücklich ausgesprochen, dies erkläre sich aber einfach daraus, daß ein Nachholen des durch die Beschäftigungsverbote hervorgerufenen Ausfalls von mehreren Wochen ohnehin nicht in Betracht komme. Es bestehe daher kein Grund, aus dem unterschiedlichen Gesetzeswortlaut eine verschiedene Behandlung beider Arten von Ausfallzeiten abzuleiten.

Dem ist zu erwidern, daß im Gegensatz zu den Beschäftigungsverboten der besondere Schutz des § 7 MuSchG Frauen nur dann zuteil wird, wenn sie tatsächlich stillen²⁵. Es handelt sich somit um einen zweckgebundenen Freizeitanspruch, der zudem (von bestimmten Mindestzeiten abgesehen) auf die "erforderliche Zeit" begrenzt ist, um die Belastung des ArbGeb so weit wie möglich einzuschränken.

25) Bulla, MuSchG, § 7, Rdnr.12, 13; Meisel-Hiersemann, MuSchG, § 7, Rdnr.8, 9.

Diese Bestimmung hat sich auch nicht parallel zu den Beschäftigungsverboten entwickelt, sondern bestand in ihren wesentlichen Teilen (Verdienstausfall- und Arbeitsausgleichsverbot) schon, als der Entgeltschutz dort noch in wesentlich geringerem Umfang ausgebaut war.

Die den Gesetzgeber dabei leitenden sozialhygienischen Gesichtspunkte²⁶ führten zu einer Lösung, die dem Allgemeininteresse an möglichst langer Fortsetzung der Stilltätigkeit Vorrang einräumte²⁷, ohne daß die Belange des ArbGeb außer acht gelassen worden wären. Die hierin zum Ausdruck kommende subtile Interessenabwägung des Gesetzgebers in Verbindung mit den angeordneten Verboten von Entgeltausfall, Vor- und Nacharbeit läßt daher den Schluß zu, daß § 7 MuSchG, um der Mutter einen besonderen Anreiz zur Weiterführung des Stillens zu geben, eine Arbeitsfiktion darstellen soll; das hat zur Folge, daß die Arbeitnehmerin hinsichtlich der Stillzeit in jeder Beziehung so zu behandeln ist, als hätte sie gearbeitet²⁸.

4. Im Gegensatz zu den Ausfällen auf Grund der Beschäftigungsverbote muß daher hier angenommen werden, daß eine Gratifikationskürzung unzulässig ist²⁹.

C. Untersuchungen (§ 16 MuSchG³⁰)

1. Diese Bestimmung wurde erst nachträglich mit Wirkung vom 1.1.1966 in das Mutterschutzgesetz eingefügt. Bis dahin bestand kein Anspruch auf bezahlte Freistellung für Un-

26) Bulla, MuSchG, § 7, Rdnr.8.

27) Bulla, MuSchG, § 7, Rdnr.9.

28) Bulla, MuSchG, § 7, Rdnr.31, 32; Meisel-Hiersemann, MuSchG, § 7, Rdnr.18 ("gilt als Arbeitszeit").

29) Ebenso Wuttke, S.40, 112. Für Österreich vgl. die im wesentlichen übereinstimmende Regelung des Mutterschutzgesetzes vom 13.3.1957 (§ 9); für die Schweiz s. Art.35 Abs.3 des Bundesgesetzes vom 13.3.1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel; s. auch § 132 des Arbeitsgesetzbuches der DDR vom 12.4.1961 (GBI.d.DDR I, 27).

30) Entspricht § 13a der Fassung für 1966 und § 15 der Fassung für 1967.

tersuchungen im Rahmen der Mutterschaftshilfe. Der Wortlaut der Vorschrift ("... Freizeit zu gewähren, die ... erforderlich ist ...") zeigt, daß der Arbeitsausfall dabei auf das geringstmögliche Maß beschränkt werden soll. Die Frauen haben deshalb die Untersuchungen, wenn es irgend geht, außerhalb der Arbeitszeit vornehmen zu lassen, ohne daß ihnen dann Freizeitausgleich zustünde³¹. Nur wenn es nicht zu vermeiden ist, kommt ein Termin während der Arbeitszeit in Frage, wobei auf die Belange des ArbGeb Rücksicht zu nehmen ist³². Für diesen Fall aber, der dann die notwendigen Wegezeiten einschließt³³, gilt das Verbot des Entgeltausfalls (§ 16 Satz 2 MuSchG).

2. Im Gegensatz zu § 7 II S.2 MuSchG fehlt hier allerdings ein ausdrückliches Vor- und Nacharbeitsverbot, so daß man meinen könnte, beide Situationen seien nicht gleichzubehandeln. Müßten diese Zeiten aber nachgearbeitet werden, widerspräche das der Tendenz des Gesetzgebers, eine Überanstrengung der Schwangeren zu verhindern, die in der gleichzeitigen Erweiterung der Beschäftigungsverbote (z.B. für Akkord- und Fließarbeit durch Neufassung der Abs.2 u. 3 des § 4 MuSchG) und der Verbesserung des hierfür vorgesehenen Entgeltsschutzes (§ 11 MuSchG) zum Ausdruck kommt.

Da schließlich § 16 die gleiche Abwägung der Belange von Arbeitnehmerin und ArbGeb enthält wie § 7 MuSchG, ist es unwahrscheinlich, daß in dieser neuen Vorschrift die finanzielle Absicherung der Frau schwächer sein sollte als dort, zumal die wegen der Untersuchungen entstehenden

31) Bulla, MuSchG, § 16, Rdnr.17; Meisel-Hiersemann, MuSchG, § 15, Rdnr.7, 9.

32) Bulla, MuSchG, § 16, Rdnr.14-16; Meisel-Hiersemann, MuSchG, § 15, Rdnr.7.

33) Bulla, MuSchG, § 16, Rdnr.26; Meisel-Hiersemann, MuSchG, § 15, Rdnr.8.

Arbeitsausfälle im allgemeinen geringer sein werden³⁴.

3. Aus § 16 MuSchG muß deshalb entnommen werden, daß die für Untersuchungen im Rahmen der Mutterschaftshilfe erforderliche Freizeit der Arbeitsleistung gleichsteht; eine Kürzung der Gratifikation kommt daher nicht in Frage³⁵.

D. Betriebszugehörigkeit

Nach § 10 Abs.2 MuSchG gilt das Arbeitsverhältnis einer Frau nicht als unterbrochen, wenn sie es zum Ende der Schutzfrist gekündigt hat (§ 10 Abs.1 MuSchG) und innerhalb eines Jahres nach der Entbindung wieder im bisherigen Betrieb eingestellt wird.

Bedeutung gewinnt diese Bestimmung bei Staffe- lung der Gratifikation nach der Betriebszugehörigkeit³⁶.

1. Eindeutig klargestellt ist damit, daß die vor dem Ausscheiden liegende Zeit als Betriebszugehörigkeit zu behandeln ist, auch soweit die Frau im Rahmen der Beschäftigungsverbote von der Arbeit freigestellt war³⁷.

-
- 34) Der Umfang richtet sich nach § 196 RVO und den hierzu erlassenen "Richtlinien" (abgedr. bei Bulla, MuSchG, Teil A Nr.3); siehe auch Bulla, MuSchG, § 16, Rdnr.28 ff.
- 35) So auch Bulla, MuSchG, § 16, Rdnr.18; Meisel-Hiersemann, MuSchG, § 15, Rdnr.10; Wuttke, S.40, 112.
- 36) Die Heranziehung der Betriebszugehörigkeit als Differenzierungsmerkmal ist allgemein anerkannt. Vgl. z.B. BAG, DB 1968, 1028; RAG ARS 42, 418; 44, 178; LAG Mannheim, BB 1951, 955; LAG München, AB1BayerArbMin. 1953 C, 181; Boldt, ZAS 1968, 1 (II 4); Haberkorn, S.25 f.; Hohn, S.25; Hueck-Nipperdey, Bd.1, § 42 IV 2 c, S.309; Nikisch, Bd.1, § 32 IV 3, S.413.
- 37) Ebenso Bulla, MuSchG, § 10, Rdnr.48 f.; Meisel-Hiersemann, MuSchG, § 10, Rdnr.13.

2. Problematischer ist jedoch die Frage, ob auch die Zwischenzeit anzurechnen ist. Könnte die Tendenz des Gesetzgebers zur Verbesserung des Mutterschutzes dies nahelegen, so sprechen doch gewichtige Gründe dagegen.

Die Fassung dieser ebenfalls erst mit Wirkung vom 1.1. 1966 eingeführten Vorschrift stellt einen Kompromiß gegenüber der Forderung dar, der Mutter einen Anspruch auf sechs Monate unbezahlten Sonderurlaub nach Ablauf der Schutzfrist einzuräumen³⁸, wie er ähnlich etwa in der DDR und in Österreich besteht³⁹. Da aber eine solche Regelung, die ein Ruhen des Arbeitsverhältnisses bedeuten würde, gerade nicht zustande kam, wird daraus zu schließen sein, daß die Zwischenzeit doch nicht eingerechnet werden muß⁴⁰.

E. Zusammenfassung

Arbeitsausfälle wegen Beschäftigungsverboten nach dem MuSchG können bei der Gratifikation negativ berücksichtigt werden; dies gilt jedoch nicht für Stillzeiten und Untersuchungen im Rahmen der Mutterschaftshilfe (§§ 7, 16 MuSchG).

Bei Wiedereinstellung nach § 10 Abs.2 MuSchG ist zwar die vor dem Ausscheiden liegende Zeit, nicht jedoch auch die Zwischenzeit auf die Betriebszugehörigkeit anzurechnen.

38) Meisel-Hiersemann, MuSchG, § 10, Rdnr.1.

39) § 131 Abs.4 des Arbeitsgesetzbuches der DDR vom 12.4.1961 (GBl. der DDR I, 27); § 15 österr. MuSchG in der Fassung vom 28.11.1960 (österr. BGBl. I, 2165).

40) Meisel-Hiersemann, MuSchG, § 10, Rdnr.14; so grundsätzlich auch Bulla, MuSchG, § 10, Rdnr.51 ff., der allerdings je nach Ausgestaltung der betreffenden Regelung im Einzelfall differenzieren will. A.A. Gamillscheg, RdA 1968, 118. Zum gleichen Problem bei lösender Aussperrung vgl. § 10 D 2, S.88.

§ 8 Jugendschutz

A. Berufsschulbesuch (§ 13 JArbSchG)

1. Die Besonderheit dieses Hinderungsgrundes liegt darin, daß er auch den Interessen des ArbGeb dient. Beim Lehrling etwa stellt die Berufsschule eine gleichwertige Ausbildung in anderer Form dar, die sich vor allem der mehr theoretischen Sachgebiete annimmt, deren Förderung besonders in kleineren Betrieben Schwierigkeiten bereitet. Aber auch soweit es sich um andere berufsschulpflichtige ArbN handelt, kommt der Unterricht dem ArbGeb durch Steigerung der Leistungsfähigkeit des Jugendlichen wieder zugute. Wenn nun in § 13 Abs.2 JArbSchG die Anrechnung der Unterrichtszeit einschließlich der Pausen auf die Arbeitszeit angeordnet wird¹, so ist dies in Verbindung mit dem Verbot des Entgeltausfalls nach Abs.3 als Fiktion der Arbeit des Jugendlichen im Betrieb aufzufassen², zumal hier keine entgegengesetzten Belange des ArbGeb ersichtlich sind.

2. Nachteilige Auswirkungen auf die Gratifikation müssen daher ausscheiden.³

B. Untersuchungen (§ 49 JArbSchG)

1. Für diese Fälle bietet sich eine bestimmte Lösung nicht so offenkundig an. Hauptzweck des § 49 JArbSchG ist der Schutz der Gesundheit des Jugendlichen; in weiterem Sinn

1) Bei mindestens sechs Stunden Unterricht einschließlich der Pausen ist auch die Zeit anzurechnen, die der Jugendliche an diesem Tage darüber hinaus zu arbeiten gehabt hätte (§ 13 Abs.2 Satz 2 JArbSchG).
Für Österreich vgl. § 11 IV, V KJBG.

2) So wohl auch Riedel, JArbSchG, 1961, § 13, Rdnr.12; Schulte Langforth-Welzel, JArbSchG, 2. Aufl. 1966, § 13, Anm.22; Thumser, JArbSchG, § 13, Nr.8.

3) Ebenso Wuttke, S.40, 112.

dient die Vorschrift damit auch der Volksgesundheit. Das Interesse des ArbGeb ist nur mittelbar berührt, insofern nämlich, als ihm nicht an der Beschäftigung eines seiner Tätigkeit nicht gewachsenen Jugendlichen gelegen sein dürfte.

2. a) Gegen nachteilige Auswirkungen auf die Gratifikation läßt sich zunächst anführen, daß die vorgeschriebenen Untersuchungen wegen der sonst eingreifenden Beschäftigungsverbote (§ 45 Abs.1 u. 2 JArbSchG) indirekt auch für den Jugendlichen zur Pflicht gemacht sind⁴ und eine Gratifikationskürzung damit praktisch eine gesetzlich erzwungene Entgeltminderung darstellen würde. Hinzu kommt, daß oft nur eine einzige Untersuchung erforderlich sein wird (§ 45 Abs.2), so daß der Ausfall den ArbGeb nicht allzu hart trifft.

b) Allerdings fehlt in § 49 JArbSchG eine Regelung wie die des § 13 Abs.2 JArbSchG über die Anrechnung auf die Arbeitszeit. Dies könnte darauf hindeuten, daß beide Fälle doch verschieden zu behandeln seien⁵. Andererseits ergibt sich die Notwendigkeit der ausführlichen Fassung des § 13 Abs.2 aus der dortigen Unterscheidung nach Unterricht und Wegezeit und der zum Teil erhöhten Anrechnung. Solch eingehende Bestimmungen sind jedoch für die Untersuchungen nicht nötig, so daß damit ein verständlicher Grund für den Verzicht auf eine dem § 13 Abs.2 entsprechende Vorschrift gegeben wäre.

4) Z.B. Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 88 VIII 1, S.853, FuEu.86.

5) Die wohl überwiegende Meinung in der Literatur ist daher der Ansicht, daß keine Anrechnung zu erfolgen habe, sondern ein Nachholen im Rahmen des § 10 möglich sei; s. hierzu Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 88 VIII 6, S.855, FuEu.98 m.w.Nachw.; Schulte Langfort-Welzel, JArbSchG, § 49, Anm.2. Zum Streitstand vgl. auch Bulla, MuSchG, § 16, RdNr.18.

c) Nun könnte noch fraglich erscheinen, ob denn vom Gesetzgeber eine unterschiedliche Behandlung der Wegezeiten bei Schulbesuch und Untersuchungen beabsichtigt sein sollte; weil nämlich nicht wie in § 13 Abs.2 JArbSchG die Anrechnung beschränkt ist, müßte im Fall des § 49 JArbSchG wie bei den Untersuchungen nach § 16 MuSchG die Wegezeit einbezogen werden⁶. Aber auch dafür zeigt sich ein einleuchtender Grund. Während der Berufsschulunterricht im allgemeinen einen ganzen oder halben Tag beanspruchen wird, so daß dann meistens statt des Weges zum Arbeitsplatz der zur Schule anfällt, erfordern ärztliche Untersuchungen wesentlich weniger Zeit. Soweit nun der Jugendliche nicht ausnahmsweise gerade zu Beginn oder Ende der betrieblichen Arbeitszeit zum Arzt bestellt ist, wird sich im Verlauf der Arbeit ein zusätzlicher Weg von und zum Arzt ergeben, dessen Gleichstellung mit der Untersuchungszeit daher berechtigt ist.

d) Da außerdem wie in § 16 MuSchG nur die erforderliche Freizeit zu gewähren ist, also die Untersuchungen soweit als möglich außerhalb der Arbeitszeit stattzufinden haben, ohne daß dem Jugendlichen deswegen Freizeitausgleich zustünde⁷, ist dem Interesse des ArbGeb weitgehend Rechnung getragen. Für die unvermeidbaren Restfälle einzustehen, dürfte ihm auch hinsichtlich der Wegezeit zumutbar sein.

3. Im Ergebnis erscheint es daher richtiger, entgegen der wohl herrschenden Meinung auch hier die für Untersuchungen erforderliche Freizeit der Arbeitszeit gleichzusetzen, so daß eine Gratifikationskürzung entfallen muß⁸.

6) So wohl auch Thumser, JArbSchG, Erl. zu § 49.

7) Ebenso § 16 MuSchG, siehe hierzu S. 53, Fußn.31.

8) Im Ergebnis ebenso Wuttke, S.40, 112.

§ 9 Hausarbeitstag

1. Eine bundeseinheitliche Regelung dieses Fragenkreises fehlt. Soweit nicht einzelne Länder in den ersten Nachkriegsjahren eigene Gesetze erließen¹, gilt die aus dem Jahre 1943 stammende sogenannte Freizeitanordnung² weiter. Die wichtigste Neuerung der Nachkriegsgesetze liegt in der Einführung der Bezahlung des Hausarbeitstages.

Ausgangspunkt für den Anspruch auf einen Hausarbeitstag pro Monat ist nach den weitgehend übereinstimmenden Vorschriften jeweils der Umstand, daß eine Frau mit eigenem Hausstand³ an allen Werktagen bzw. an 6 Tagen in der Woche zu arbeiten hat⁴. Die wöchentliche Arbeitszeit tritt demgegenüber etwas zurück; sie schwankt zwischen 40 und 48 Stunden als Mindestvoraussetzung⁵, wobei z.T. noch Staffelungen nach den häuslichen Verhältnissen vorgesehen sind, um der unterschiedlichen Belastung Rechnung zu tragen⁶.

-
- 1) So Bremen (29.6.1948), Hamburg (17.2.1949), Niedersachsen (9.5.1949) und NRW (27.7.1948). Diese Gesetze sind jetzt partielles Bundesrecht gem. Art.125 Nr.2 GG; siehe hierzu Bulla, HausarbT, Einleitung, Rdnr.11; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 69 II 2, S.718; Nikisch, Bd.I, § 40 I 2, S.560.
 - 2) Bulla, HausarbT, Einleitung, Rdnr.9 ff.; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 69 II 2, S.718; Nikisch, Bd.I, § 40 I 2, S.559.
 - 3) HausarbTagsG Bremen (§ 2 Abs.1); Hamburg (§ 2 Abs.1); Niedersachsen (§ 1 I S.1; dort zusätzliches Erfordernis: "ohne ausreichende Hilfe"); NRW (§ 1).
 - 4) HausarbTagsG Bremen (§2Abs.1); Hamburg (§ 2 Abs.1); Niedersachsen (§ 1 I S.2). Für NRW und die Freizeitanordnung ist dies zwar nicht dem Wortlaut, wohl aber dem Sinn des Gesetzes zu entnehmen; so Bulla, HausarbT, Rdnr.174; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 69 II 5 d, S.721, Fußn.22. A.A. le lege lata für NRW Nikisch, Bd.I, § 40 II 2, S.563 und Grüll, Das Arbeitsrecht der weiblichen Arbeitnehmer, 2. Aufl. 1961, S.106; wie hier dagegen der Große Sen. des BAG (AP Nr.19 zu § 1 HausarbTagsG NRW).
 - 5) Siehe hierzu HausarbTagsG Bremen (§ 2 Abs.1 a); Hamburg (§ Abs.1); Niedersachsen (§ 1 I S.2); NRW (§ 1).
 - 6) HausarbTagsG Bremen § 2 Abs.1 b; Hamburg § 2 Abs.2.

Mit zunehmender Einführung der Fünftagewoche und weiterer Herabsetzung der wöchentlichen Arbeitszeit geht die Bedeutung dieser Gesetze zurück. Vor allem im Einzelhandel ist aber auch jetzt noch eine nicht unbedeutende Zahl weiblicher Arbeitnehmer davon betroffen.

2. Bei einer am Erfolgsbeitrag des ArbN orientierten Gratifikation liegt die Berücksichtigung der durch den Hausarbeitstag bedingten Ausfallzeit nahe, die mit 12 Arbeitstagen pro Jahr⁷ immerhin schon fast den gesetzlichen Mindesturlaub⁸ erreicht. Demgegenüber steht der Zweck der Hausarbeitstagesetze, die Gesundheit und Leistungsfähigkeit der doppelt belasteten Frau zu schützen⁹, was bei einer damit verbundenen finanziellen Einbuße in Frage gestellt sein könnte. Aus dieser Überlegung heraus hat das BAG entschieden¹⁰, eine Regelung, die den Hausarbeitstag mittels Anwesenheitsprämie abkauten wolle, sei wegen beabsichtigter Umgehung des zwingenden Gesetzeszweckes gemäß § 134 BGB nichtig.
3. Dieses Urteil erscheint allerdings insofern problematisch, als das BAG für Arbeitsversäumnisse wegen Krankheit oder Schwangerschaft später unbedenklich die Gratifikationskürzung bejaht hat¹¹.

Zwischen den zugrunde liegenden Situationen besteht aber im wesentlichen Übereinstimmung. In allen drei Fällen geht es um den Schutz der Gesundheit, nur ist beim Hausarbeitstag speziell an die doppelt belastete Frau gedacht,

7) Nach der Freizeitordnung u.U.sogar 26 Tagen im Jahr (§ 2 I b).

8) 15 Tage (§ 3 I S.1 BUrlG).

9) So die Präambel zur Freizeitordnung (abgedr. bei Nipperdey, ArbR, Nr.404); ebenso Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 69 II 5 b, S.720; Nikisch, Bd.I, § 40 II 1, S.561; Wuttke, S.58.

10) BAG AP Nr.24 zu § 1 HausarbTagsG NRW mit im wesentlichen zustimmender Anm. von Mayer-Maly.

11) AP Nr.35, 58 zu § 611 BGB Gratifikation.

während etwa das Mutterschutzgesetz der besonderen Gefährdung der Schwangeren Rechnung trägt und andere Vorschriften die erkrankten ArbN allgemein im Auge haben. Auch die Interessenlage weist keine bedeutsameren Unterschiede auf, obwohl das Urteil zum Hausarbeitstag eine reine Anwesenheitsprämie betraf. Der ArbN ist nämlich jeweils einer Kollision zwischen dem Bestreben, einen finanziellen Vorteil nicht zu verlieren, und dem Interesse, seine Gesundheit nicht zu beeinträchtigen, ausgesetzt. Dabei dürfte die mögliche Gefährdung durch Nichtinanspruchnahme des Hausarbeitstages noch geringer sein als in den beiden anderen Fällen¹².

Für die Gratifikation erscheint daher eine Gleichbehandlung mit den Fehlzeiten wegen Krankheit und Schwangerschaft angebracht. Auch die Größenordnung ist mit 2 Wochen pro Jahr durchaus vergleichbar und verlangt keine Differenzierung.

4. Die Gefahr, daß der Schutzzweck der Hausarbeitstagsgesetze umgangen wurde, dürfte bei der Gratifikation außerdem weniger bedeutsam sein als bei einer reinen Anwesenheitsprämie; denn da die Bekämpfung von Fehlzeiten nicht einziger Gratifikationszweck ist¹³, kann kaum von einer speziell gegen den Hausarbeitstag gerichteten Maßnahme gesprochen werden. Die Berücksichtigung der quantitativ unterschiedlichen Mitarbeit, die als sachlicher Differenzierungsgrund anerkannt ist¹⁴, wird auch nicht dadurch zu einem unsachlichen und deshalb unzulässigen Anknüpfungspunkt, daß Abwesenheitsfälle mitbetroffen werden, denen gegenüber gezielte Maßnahmen unzulässig wären¹⁵.

12) Mayer-Maly, Anm. zu AP Nr.24 zu § 1 HausarbTagsG NRW; Wuttke, S.64.

13) Vgl. § 1, FuBn.15, S.8.

14) Siehe § 1, FuBn.39, S.17.

15) Vgl. hierzu die Ausführungen bei Krankheit (§ 5 B 3 c-f, S.33 ff.) und Mutterschutz (§ 7 A 2 d, S.45).

Das Vorliegen einer Gesetzesumgehung sollte bei dieser Sachlage daher zu verneinen sein¹⁶.

5. Ein weiteres Bedenken könnte noch daraus entstehen, daß § 2 Abs.2 HausarbTagsG NRW bestimmt: "Nacharbeit darf nicht verlangt werden", da ein solches Nacharbeitsverbot in Verbindung mit dem Verbot des Verdienstausfalls bei § 7 MuSchG als Indiz für die Fiktion der Arbeitsleistung und damit den Ausschluß der Gratifikationsminderung gewertet wurde¹⁷.

Zwischen beiden Fragenkreisen bestehen aber Unterschiede. Während die Freistellungsvorschriften des MuSchG ganz auf die Gesundheit der Mutter abgestellt und deshalb meist zwingend sind, ja gewissermaßen die Arbeitnehmerin vor sich selbst schützen, wie etwa das Mehrarbeitsverbot in § 8 MuSchG zeigt, greifen die Hausarbeitstagsgesetze nicht so weit in die Entschlußfreiheit ein, sondern wollen nur die doppelt belastete Frau gegen möglicherweise gesundheitsschädlichen Forderungen des ArbGeb absichern. Wenngleich der Anspruch auf den Hausarbeitstag als unabdingbar angesehen werden muß¹⁸, ist deshalb doch ein nachträglicher Verzicht durch Nichtgeltendmachen möglich¹⁹. Auch ein gegen die Frau gerichtetes Nacharbeitsverbot dürfte in § 2 Abs.2 HausarbTagsG NRW nicht zu sehen sein²⁰. Das freiwillige Einarbeiten der ausgefallenen Zeit, etwa in der Woche des Hausarbeitstages, ist im Prinzip ja nichts anderes als eine im Ein-

16) So wohl auch Gangloff, SAE 1963, 237.

17) Siehe § 7 B, S.52; die Frage der Bezahlung muß hier allerdings offen gelassen werden.

18) So Bremen HausarbTagsG (§ 2 Abs.3); Hamburg (§ 2 Abs.4); Niedersachsen (§ 1 Abs.3); siehe auch Bulla, HausarbT, Rdnr.280 f.; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 69 II 7, S.723; Nikisch, Bd.I, § 40 II 6, S.568; Schnorr von Carolsfeld, § 8 BI 3 f, S.319.

19) Bulla, HausarbT, Rdnr.282; Nikisch, Bd.I, § 40 II 6, S.568.

20) Für die Freizeitanordnung war Nacharbeit ohnehin der Regelfall (§ 2 Abs.2); siehe Bulla, HausarbT, Rdnr.242 ff. Der dortige Hinweis auf das Verbot in den Ländergesetzen

zelfall vereinbarte Umlegung der Arbeitszeit, wie sie generell bei der nunmehr wohl überwiegenden Anzahl aller ArbN und damit auch der berufstätigen Frauen ohnehin seit längerem gehandhabt wird. Bei Fünftagewoche jedoch besteht kein Anspruch auf den Hausarbeitstag²¹. Daß freie Tage dabei durch Umlegung zustandekommen, erscheint jedenfalls für Gegenwart und Zukunft unbedenklich, weil inzwischen die umstrittenen Anforderungen des BAG (Kürzung gegenüber der gesetzlich zulässigen Arbeitszeit um mindestens 8 Stunden pro Monat und damit eine Wochenarbeitszeit von höchstens 46 Stunden²²) überall erfüllt sein dürften²³.

Eine Fiktion der betrieblichen Arbeitsleistung am Hausarbeitstag kann deshalb dem § 2 Abs.2 HausarbTagsG NRW nicht entnommen werden.

6. Im Ergebnis ist daher Gleichbehandlung mit krankheits- und schwangerschaftsbedingter Abwesenheit und somit auch Kürzung der Gratifikation als zulässig anzusehen²⁴.

(Rdnr.244 f.) dürfte nur die a n g e o r d n e t e Nacharbeit betreffen.

21) Vgl. Fußn.4, S.59.

22) BAG AP Nr.8 zu § 1 HausarbTagsG Niedersachsen und Nr.2 zu §§ 1, 2 HausarbTagsG Bremen; zustimmend Hueck-Nipperdey, Bd.1, § 69 II 5 d, Fußn.22, S.722; a.A. (Anforderungen des BAG zu streng) Nikisch, Bd.I, § 40 II 2, S.563 f. m.w.Nachw.; ähnlich Bulla, HausarbT, Rdnr.178 ff. Für NRW verlangt das BAG ausdrücklich einen arbeitsfreien Tag in jeder Woche und läßt vier freie Tage bei fünf Samstagen im Monat nicht genügen (AP Nr.22 zu § 1 HausarbTagsG NRW).

23) Nur wenn es der einzige Zweck der Umlegung wäre, den Hausarbeitstag zu umgehen, könnte der Gedanke des Rechtsmissbrauchs eingreifen (Bulla, HausarbT, Rdnr.180; Hueck-Nipperdey, Bd.1, § 69 II 5 d, Fußn.22, S.722; Nikisch, Bd.1, § 40 II 2, S.564). Hierfür müßten aber bestimmte Hinweise vorliegen.

24) Ebenso wohl Gangloff, SAE 1963, 237; a.A. Wuttke, S.59, 112

§ 10 Arbeitskampf

A. Unmittelbare Wirkungen

1. Streik

- a) Wenn es zulässig ist, in der Person des ArbN liegende, von seinem Willen aber unabhängige Umstände wie Krankheit gratifikationsmindernd zu berücksichtigen, müßte dies erst recht für bewußte und gewollte Arbeitsniederlegung gelten. Etwas anderes käme nur dann in Betracht, wenn sich aus geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtsnormen ergäbe, daß der ArbN gegen jedes finanzielle Risiko von Arbeitskämpfen abgesichert sein soll.

Für einen derartigen besonderen Rechtsschutz finden sich jedoch keine Anhaltspunkte; denn wenn auch einige Länderverfassungen das Streikrecht ausdrücklich gewährleisten¹, bedeutet dies doch noch nicht, daß der ArbGeb einen Streik finanziell honorieren müßte. Vielmehr ist allgemein anerkannt, daß rechtmäßig streikende ArbN zwar ihren Arbeitsvertrag nicht verletzen², daß ihnen aber kein Lohnanspruch zusteht³. Es wäre nun dem ArbGeb kaum zumutbar, den streikenden ArbN trotz Befreiung von der Lohnzahlungspflicht eine Belohnung gewähren zu müssen, die nach allgemeiner

-
- 1) Verf. Berlin Art.18 Abs.3; Bremen Art.51 Abs.3; Hessen Art.29 Abs.4; Rheinland-Pfalz Art.66 Abs.3; Saarland Art.56 S.2.
- 2) Seit BAGE 1, 291 = AP Nr.1 zu Art.9 GG Arbeitskampf nahezu einhellige Meinung; a.A. Nikisch, Bd.II, § 66 I, S.156 ff., der Kündigung verlangt.
- 3) Z.B. Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, 1965, § 12 V 2, S.229; Bulla, AR-Blatttel, Arbeitskampf II D IV 2 a; Hueck-Nipperdey, Bd.II, § 47 B III 1 a, S.617; Nikisch, Bd.II, § 66 II 1, S.167; Schnorr von Carolsfeld, § 8 B I 5 b, S.321; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, 3. Aufl. 1964, S.93.

Meinung die Anerkennung der geleisteten Dienste und die gegenseitige Verbundenheit dokumentiert⁴.

- b) Kann sich aber schon legitimer Streik bei der Gratifikation auswirken, muß dies erst recht für alle Formen illegalen Streiks und für Exzesse bei an sich rechtmäßigem Streik gelten⁵.
- c) Problematisch bleibt allerdings der Fall gänzlichen Erliegens der Arbeit. Hier paßt der sonst zutreffende Anknüpfungspunkt des geringeren Erfolgsbeitrages nicht mehr, weil nun der gesamte Betrieb keinen Erfolg erwirtschaftet, während die ArbN bei der bisherigen Produktion dagegen voll mitgearbeitet haben. Wäre daraus aber eine Zahlungsverpflichtung abzuleiten, würde den streikenden ArbN durch Intensivierung des Arbeitskampfes (nämlich durch die totale Lahmlegung des Betriebes) ein Vorteil gegenüber zurückhaltenderen Maßnahmen wie einem eng umgrenzten Warnstreik erwachsen; das jedoch kann nicht richtig sein.

Eine tragbare Lösung läßt sich dadurch finden, daß die Gratifikation für die ganze Belegschaft herabgesetzt wird. Als Vergleichsbasis steht ein fiktiver Betrag z.B. dann zur Verfügung, wenn die Gratifikation mehrere Jahre hindurch in gleicher Höhe gewährt wurde. Außerdem wird manchmal (vor allem in größeren Betrieben) doch eine Differenzierung innerhalb der Arbeitnehmerschaft möglich sein - etwa zwischen Notdienstpersonal und Geschäftsleitung einerseits sowie den Streikenden andererseits.

4) BAG AP Nr.1 zu § 611 BGB Gratifikation; Gros, AR-Blattei, Gratifikation I A II; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 42 IV 1, S.306; Nikisch, Bd.I, § 32 IV 1, S.410.

5) Haberkorn, S.30. Für Ausschlußmöglichkeit von einer Jahreszulage bei illegalem Streik IAG Düsseldorf (RdA 1954, 189), das auch eine graduelle Abstufung der Zulage je nach dem Grad der Beteiligung des ArbN für zulässig hält.

- d) Es zeigt sich also, daß streikbedingte Arbeitsausfälle jeder Art⁶ zum Anlaß von Abstrichen bei der Gratifikation genommen werden können.

2. Aussperrung

a) Rechtmäßige Aussperrung

aa) In seiner Entscheidung vom 15.5.1964⁷, die eine Gratifikationskürzung wegen Streiks für rechtmäßig erklärt, hat das BAG ausdrücklich offengelassen, ob ein anderes Ergebnis angebracht sei, wenn die Abwesenheit auf Aussperrung beruhe, also auf einem aus der Sphäre des ArbGeb kommenden Ereignis. Eine solche Lösung (nämlich Zahlung der vollen Gratifikation) wäre in der Tat zwangsläufig die Folge, wenn man das Veranlasserprinzip anwendet.

bb) Es erscheint aber fraglich, ob eine derartige Behandlung der besonderen Problematik des Arbeitskampfes gerecht werden kann. Meist ist Aussperrung ja die Reaktion auf einen Streik und selbst dann, wenn sie die zeitlich frühere Maßnahme ist, bedeutet das in der Regel nur einen taktischen Schachzug, mit dem einem erwarteten Streik zuvorgekommen werden soll⁸. Insgesamt gesehen dürften jedenfalls die Fälle der

6) Im Ergebnis ebenso BAG AP Nr.35 zu § 611 BGB Gratifikation (mit zust. Anm. Mayer-Maly); Boldt, ZAS 1968, 1 (II 4); Fauth, DB, Beilage Nr.16/1967 VI 2 f; Haberkorn, S.28; Herschel, SAE 1965, 6; Hohn, S.30; Schwedes, BABl. 1966, 169 I 2; Wuttke, S.102, 112; zweifelnd Gumpert, BB 1964, 886.

Für A u s s c h l u ß z.B. BAG AP Nr.7 zu § 611 BGB Gratifikation (zustimmend A. Hueck); Bulla, AR-Blattei, Gratifikation, Anm. zur Entsch. 3; Nikisch, Bd.I, § 32 IV 3, S.413; Osswald, SAE 1959, 9; Stahlhacke, GewO, § 105, Anm.IX 11 a aa; Schlessmann, DB 1960, 1335 (II 2 a), der allerdings die Zweckmäßigkeit des Ausschlusses bei rechtmäßigem Streik bezweifelt.

7) AP Nr.35 zu § 611 BGB Gratifikation.

8) Die Abwehr einer Untersperrung zw. einem Abwehr- und Angriffsmaßnahmen kaum möglich sein; so auch Mayer-Maly, Anm. zu

Aussperrung mit echtem Angriffscharakter (etwa zwecks Lohnreduzierung) bei weitem in der Minderzahl sein⁹, so daß normalerweise die Aussperrung Abwehrfunktion hat, während eigentlicher Initiator des Arbeitskampfes die Arbeitnehmerseite ist.

Stellt man nun auf die äußere Tatsache der Aussperrung ab, so dürfte die Kampfparität kaum gewahrt sein, die seit der Entscheidung des Großen Senats des BAG vom 28.1.1955¹⁰ als wesentliches Element des Arbeitskampfes weithin anerkannt wird¹¹. Denn wenn eine primäre Aussperrung die Pflicht zur Zahlung der vollen Gratifikation nach sich zöge, müßte der ArbGeb, um das zu vermeiden, sich auf rein passives Verhalten beschränken und wäre somit in der Freiheit seiner Kampfführung beträchtlich gehemmt.

Mit Recht wird daher die Aussperrung jetzt nicht mehr als Annahmeverzug gewertet, sondern als eigenständige Ursache des Arbeitsausfalls, die in gleicher Weise wie der Streik den ArbGeb von der Lohnzahlungspflicht entbindet¹².

AP Nr.35 zu § 611 BGB Gratifikation; Wuttke, S.104.

9) Siebrecht, S.89.

10) AP Nr.1 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

11) Z.B. Brox-Rüthers, § 2 A IV 2 b, S.45; Bulla, AR-Blattei, Arbeitskampf II D III 1; Hueck-Nipperdey, Bd.II, § 47 B III 6 b, S.619. Zum Meinungsstand vgl. Mayer-Maly, Zum Verständnis der Kampfparität, RdA 1968, 432.

12) BAG AP Nr.1 (II 2), 6 zu Art.9 GG Arbeitskampf; Bulla, AR-Blattei, Arbeitskampf II D III 2 b und IV 2 b; Brox-Rüthers, § 12 V 2, S.229; Hueck-Nipperdey, Bd.II, § 47 A II 2 a, S.612 und § 47 B III 1 b, S.617; Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VIII 7 c, S.239 und § 7 C I 1 b, S.242; Siebrecht, S.86; a.A. Nikisch, Bd.II, § 66 II 1, S.167 (Lohnzahlungspflicht bis zur ordnungsgemäßen Lösung des Arbeitsverhältnisses).

Die Rechtslage im Ausland ist unterschiedlich; vgl. hierzu Tomandl, Streik und Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfes, 1965, S.293 ff.; für die Schweiz s. Heitler, Das Kollektive Arbeitsrecht der Schweiz, 1964, S.83.

cc) Ein weiteres Bedenken gegen ein Kürzungsverbot ergibt sich aus den Auswirkungen der Aussperrung auf das Arbeitsverhältnis.

Nach der genannten Entscheidung des Großen Senats¹³ hat eine Aussperrung nämlich im Regelfall die Lösung des Arbeitsverhältnisses zur Folge. Wo aber sollte dann der Rechtsgrund für die Gratifikation als eine besondere Form des Arbeitsentgelts liegen, wenn gar kein Arbeitsverhältnis mehr besteht und auch nicht abzusehen ist, ob etwa eine Neubegründung erfolgen wird, die die ununterbrochene Fortdauer fingiert?

Ebensowenig kann jedoch eine Unterscheidung nach suspendierender und lösender Aussperrung¹⁴ befriedigen, weil sich dadurch ein finanzieller Anreiz zur Ausweitung von Kampfmaßnahmen ergäbe, was mit dem für den Arbeitskampf geltenden Ultima-ratio-Prinzip¹⁵ nicht zu vereinbaren wäre. Da zudem der Lohnanspruch auch bei Suspendierung entfällt¹⁶, die Gratifikation aber in gleicher Weise Entgeltcharakter hat, erschiene ihre Zahlung auch von daher fragwürdig.

-
- 13) AP Nr.1 (II 3) zu Art.9 GG Arbeitskampf; gegenwärtig ist beim Großen Senat allerdings ein Vorlagebeschluss des 1. Senats anhängig mit der Anfrage, ob an dieser Rechtsprechung festgehalten werde (SAE 1969, 10).
- 14) Das BAG (a.a.O.) erklärt beide für zulässig; zum Theorienstreit siehe Brox-Rüthers, § 12 IV, S.222 ff. m.w.Nachw.
- 15) Z.B. BAG AP Nr.1 (I 3), 34 zu Art.9 GG Arbeitskampf; Brox-Rüthers, § 8 A II 5, S.141; Hueck-Nipperdey, Bd.II, § 48 C I 1, S.629 f. mit Hinweis auf die DGB-Richtlinien zur Führung von Arbeitskämpfen (abgedr. in RdA 1950, 71) und Grundriß, 4. Aufl. 1968, § 70 V 4, S.203 f.; Nikisch, Bd.II, § 64 II 1 f, S.117; Siebrecht, S.51 ff.
- 16) Siehe hierzu Brox-Rüthers, § 12 V 2, S.229.

dd) Schließlich kann nicht außer Betracht bleiben, daß es sich um eine freiwillige Leistung des ArbGeb handelt, deren Grenzen er - abgesehen von Willkür und sachfremden Erwägungen, wofür hier aber kein Anhaltspunkt vorliegt¹⁷ - nach seinem Ermessen bestimmen kann¹⁸. Daß aus dem Bereich des ArbGeb kommende Gründe eine Differenzierung nicht immer unzulässig machen, zeigt sich am Beispiel vorzeitiger Kündigung durch den ArbGeb¹⁹.

ee) Man wird deshalb zum Ergebnis kommen müssen, daß es die Besonderheiten des Arbeitskampfes und seine Prinzipien der Kampfparität und der Freiheit der Kampfmittel²⁰ verlangen, die legalen Maßnahmen beider Seiten gleichzubehandeln, so daß Ausfälle wegen rechtmäßiger Aussperrung wie solche wegen Streiks für die Gratifikation als Fehlzeiten gewertet werden können²¹.

b) Etwas anderes gilt allerdings bei r e c h t s w i d r i g e r A u s s p e r r u n g. Dann nämlich überwiegt die spezifische Eigenart des Arbeitskampfes nicht mehr²², da dieser sein besonderes Gepräge nur durch rechtmäßige Kampfmaßnahmen erhält. Rechtswidrige Aussperrung bedarf daher keiner Sonderbehandlung gegenüber den anderen vom ArbGeb zu vertretenden Aus-

17) So auch Wuttke, S.105.

18) Siehe § 1, S.15 f.

19) Z.B. BAG AP Nr.52 zu § 611 BGB Gratifikation; trotzdem kann der ArbN in der Regel von der Gratifikation ausgeschlossen werden. Ebenso Wuttke, S.104.

20) So z.B. BAG AP Nr.1 (II 1) zu Art.9 GG Arbeitskampf.

21) So auch Fauth, DB, Beilage Nr.16/1967 VI 2 f; Mayer-Maly, Anm. zu AP Nr.35 zu § 611 BGB Gratifikation; Wuttke, S.104, 112. A.A. wohl Schwedes (BABl. 1966, S.169 I 2), der auf die Sphäre des Abwesenheitsgrundes abstellt. Vgl. Auswahl bei Aussperrung zur Zeit der Zahlung Hohn, S.30.

22) Siebrecht, S.86 (hier keine "kollektivrechtliche Privilegierung").

fallen. Es tritt vielmehr Annahmeverzug ein²³, so daß die Gratifikation voll zu zahlen ist²⁴.

3. Zusammentreffen von Streik und Aussperrung

a) Kampfmaßnahmen ziehen häufig Reaktionen der Gegenseite nach sich, meist in der Reihenfolge von Angriffstreik mit anschließender Abwehraussperrung. Da die Einzelprüfung gezeigt hat, daß bei allen rechtmäßigen Kampfmaßnahmen die Gratifikation entsprechend gekürzt werden kann, bringt auch ihr Zusammentreffen kein anderes Ergebnis. Zweifelsfragen können daher lediglich bei Konkurrenz mit rechtswidriger Aussperrung auftreten.

b) In Betracht kommen folgende Situationen:

aa) Abwehraussperrung:

Gegenüber bereits Streikenden wird die Aussperrung im allgemeinen rechtmäßig sein, so daß sich keine Besonderheiten ergeben. Eine Ausnahme ließe sich für den Fall denken, daß der Streik der Wiederherstellung des Rechtes dient, also z.B. wegen untertariflicher Bezahlung geführt wird²⁵; eine daraufhin erfolgende Aussperrung wäre wohl als rechtswidrig zu bewerten²⁶. Da jedoch schon der rechtmäßige Streik als Fehlzeit behandelt werden kann, dürfte die später hinzukommende - wenn auch rechtswidrige - Aussperrung nicht plötzlich zur Fiktion der Arbeitsleistung führen, so daß es bei der Möglichkeit der Gratifikationskürzung bleibt.

23) Brox-Rüthers, § 9 IV 2 a, S.172; Siebrecht, S.86.

24) Siehe hierzu § 16 A, S.124 f.

25) BAG AP Nr.1 (II 3) zu Art.9 GG Arbeitskampf

26) BAG, a.a.O.

Werden dagegen bisher nicht streikende ArbN betroffen, kann ihnen gegenüber die Aussperrung rechtswidrig sein. Insoweit ist sie aber auch das einzige Kampfmittel, so daß es zu keiner Konkurrenz kommt.

bb) Angriffsaussperrung:

Ist sie rechtswidrig, so dürfte ein dagegen geführter Streik²⁷ der ausgesperrten ArbN als bloße (rechtmäßige) Folgeerscheinung zu bewerten sein, die am Charakter der Primärmaßnahme nichts ändert. Für diesen Fall ist daher die Gratifikation voll zu zahlen.

Etwaige Streikexzesse²⁸ sind dabei individuell zu ahnden (Treuepflichtverletzung²⁹), bleiben aber auf das Dominieren der Rechtswidrigkeit im kollektiven Bereich ohne Einfluß.

cc) Fraglich könnte das Ergebnis für das Zusammentreffen zweier rechtswidriger Kampfhandlungen sein, etwa in der Form, daß ein illegaler Streik vom ArbGeb mit übermäßiger Aussperrung³⁰ beantwortet wird. Hier ergibt sich jedoch das gleiche Bild wie bei anderen Abwehraussperrungen: Bezüglich der Streikenden ist die Aussperrung rechtmäßig; die übrigen Betroffenen haben dagegen selbst nicht gestreikt, so daß die rechtswidrige Aussperrung insoweit die alleinige Kampfmaßnahme darstellt.

-
- 27) Denkbar ist er jedenfalls noch in der Form der Streikerklärung.
- 28) Das sind Einzelausschreitungen, die über die sog. schlichte Streikteilnahme hinausgehen; s. hierzu etwa Brox-Rüthers, § 8 D I 3, S.159; Schnorr von Carolsfeld, § 8 B I Streik 2 a, S.322 und 3 b, S.325 f.; Siebrecht, S.75.
- 29) Das Weiterbestehen der Treuepflicht auch während des Arbeitskampfes ist allgemein anerkannt; z.B. Brox-Rüthers, § 12 V 3, S.229 f. Wegen der Folgen von Treuepflichtverletzungen siehe § 2, Fußn.6, S.19.
- 30) In diesem Fall wird eine Aussperrung aber weithin aus dem Notwehr- oder Nothilfgedanken gerechtfertigt sein (Siebrecht, S.91).

- c) Es zeigt sich also, daß die Rechtswidrigkeit der Aussperrung jeweils und nur dann relevant wird; wenn der ArbGeb bisher nicht streikende ArbN zu Unrecht aussperrt; in diesen Fällen muß daher eine Gratifikationskürzung ausscheiden.
- d) Für die Notwendigkeit einer Unterscheidung nach dem Gesichtspunkt, ob der Arbeitskampf im betrieblichen Bereich bleibt oder darüber hinausgeht, ob also z.B. ein Teilstreik mit der Aussperrung der Belegschaft des betroffenen Betriebes oder etwa mit einer Generalaussperrung in der gesamten Branche eines Tarifgebietes beantwortet wird, ist kein Grund ersichtlich; auch Sympathiemaßnahmen können noch als rechtmäßig zu qualifizieren sein³¹.

B. Fernwirkungen

1. Neben den im engeren Sinn Beteiligten, also den Streikenden und Ausgesperrten, wird häufig eine beträchtliche Anzahl ArbN vom Arbeitskampf mittelbar betroffen³². Dabei handelt es sich um diejenigen, die mangels Arbeitsmöglichkeit nicht mehr beschäftigt werden können, sei es in einem Betrieb, in dem Teilarbeitskampf herrscht, sei es in einem als Abnehmer oder Zulieferer davon abhängigen Unternehmen³³.
2. Liegt rechtswidrige Aussperrung zugrunde, muß sich die Arbeitgeberseite ihr vorwerfbares

31) So Hueck-Nipperdey, Bd.II, § 49 VII 1 e, S.644; Siebrecht, S.90. A.A. Brox-Rüthers, § 8 A II 1 b, S.127, die Sympathiearbeitskämpfe für rechtswidrig halten; s. auch Schnorr von Carolsfeld, § 8 B I Zwischenbemerkung 2e, S.323.

32) Ein Beispiel, das die möglichen verwickelten Kausalitätsprobleme einer solchen Situation zeigt, bringen Mayer-Maly-Nipperdey, Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben (S.6 f.).

33) Brox-Rüthers, § 17 II, S.267; Siebrecht, S.118. Zur Gleichbehandlung beider Situationen vgl. auch BAG AP Nr.2 zu

Verhalten zurechnen lassen³⁴. Dies gilt wie in allen anderen Fällen vom ArbGeb verschuldeter Unmöglichkeit, da rechtswidrige Arbeitsk Kampfmaßnahmen keines besonderen Schutzes bedürfen³⁵. Die Frage des Betriebsrisikos spielt hier keine Rolle, da sie nur dann Bedeutung gewinnt, wenn kein Verschulden einer der beiden Seiten vorliegt³⁶.

Bei rechtswidrigem Streik müßte umgekehrt die Zurechnung die ArbN treffen. Ob die bezüglich der Lohnzahlung dagegen vorgebrachten Bedenken³⁷ auch für die Gratifikation durchgreifen, soll jedoch erst nach Behandlung der rechtmäßigen Kampfmaßnahmen geprüft werden.

3. a) Für rechtmäßige Arbeitskämpfe lassen sich drei Lösungen denken, die in der Frage der Lohnzahlung auch alle vertreten werden³⁸:

- I Aufspaltung des Kampftrisikos in der Form, daß der ArbGeb das Produktions- und Wirtschaftsrisiko zu tragen hat, der ArbN dagegen das Entgelt-
risiko;
- II Aufbürdung des Gesamtrisikos (auch der Folgen einer Kampfausweitung) auf die Angreiferseite;
- III Abstellen auf die jeweils für den Arbeitsausfall im einzelnen entscheidende Ursache mit Anwendung des § 254 BGB beim Zusammenwirken von Streik und Aussperrung.

§ 615 BGB Betriebsrisiko und § 84 Abs.3 AVAVG, auf dessen Bedeutung bes. Mayer-Maly-Nipperdey (S.34 ff.) hinweisen.

34) Mayer-Maly-Nipperdey, S.9.

35) Siebrecht, S.86.

36) Z.B. BAG AP Nr.2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

37) Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 4 b, S.220 f.

38) Zusammenstellung des Meinungsstandes z.B. bei Brox-Ruhner, § 17 III 1, S.269 f. Zur Rechtslage im Ausland vgl. Tomandt, Streik, S.332 ff., für Österreich speziell S.343 ff. Für die Schweiz s. Heither, S.83 f.

b) Wenn sich diese Modelle aus dem wissenschaftlich viel eingehender untersuchten Bereich der Entgeltproblematik auch für die Frage der Gratifikation anbieten, so können doch die dort gebrauchten Argumente nicht ohne weiteres übertragen werden, weil der ArbGeb bei Sonderleistungen weit weniger gebunden ist.

c) Welche Vor- und Nachteile haben nun die einzelnen Möglichkeiten?

aa) Zunächst spricht einiges für die Lösung II (Gesamtrisiko trägt die angreifende Seite³⁹); denn während die eigentliche (innere) Ursache eines Arbeitskampfes nur schwer zu klären sein wird, dürfte die Priorität bei den äußeren Maßnahmen leichter feststellbar sein. Allerdings bliebe dabei die weitere Entwicklung des Arbeitskampfes gänzlich unberücksichtigt.

bb) Dem würde das Modell III abhelfen, das auf die maßgebliche Einzelursache abstellt⁴⁰. Hier dürfte jedoch die Beweisfrage wieder beträchtliche Schwierigkeiten bereiten. Treffen nämlich Maßnahmen beider Parteien in der gewöhnlichen Reihenfolge von Streik mit anschließender Aussperrung zusammen, werden die Folgen in anderen Betrieben, die normalerweise ja erst mit einiger zeitlicher Verschiebung auftreten, kaum

39) Für dieses Ergebnis hinsichtlich des Entgelts z.B. BAG AP Nr.2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Siebrecht, S.96; wohl auch Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 4 b, S.220.

40) Diese Lösung wählen etwa Brox-Rüthers, § 17 III 2 b, S.271 f.; so im wesentlichen auch Kauffmann, Das Betriebsrisiko nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, DB 1957, 845.

eindeutig der einen oder anderen Seite zuzurechnen sein⁴¹.

Sollte dabei die Beweislast den ArbGeb treffen, weil er seine ArbN nicht weiter beschäftigen kann⁴², würde eine Ausrichtung der Gratifikation am Erfolgsbeitrag für den Fall von Arbeitskämpfen nahezu illusorisch. An einer Sonderleistung, die seine Kampfmittel beeinträchtigt, wird ein ArbGeb aber kaum Interesse haben. Die Folge davon dürfte sein, daß zum Nachteil aller ArbN die Gratifikationszahlung eingeschränkt wird⁴³.

Zu beachten ist jedoch, daß dem ArbGeb bei freiwilliger Gratifikation ein weiter Gestaltungsspielraum zur Verfügung steht. Im Gegensatz zum Lohn kann er hier jede Differenzierung vornehmen, für die sich überhaupt sachliche Gesichtspunkte finden lassen, auch wenn sie nicht die billigste und dem Ideal der Gerechtigkeit am nächsten kommende Lösung darstellt⁴⁴. Es ist daher durchaus denkbar, daß die für den Bereich des Lohnes entwickelten Grenzen des Betriebsrisikos zuungunsten des ArbN verschoben werden, so lange nur die getroffene Regelung nicht offensichtlich willkürlich ist.

41) Darauf weisen besonders Mayer-Maly-Nipperdey (S.18) hin. Teilweise wird vorgeschlagen, bei gemeinsamer Verursachung § 254 BGB analog anzuwenden (so etwa Brox-Rüthers, § 17 IV 3, S.273; Kauffmann, DB 1957, 845 (7); Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 4 b y, S.221); damit steht zwar ein Maßstab zur Verfügung, die Zurechnungsschwierigkeiten selbst bleiben aber weiter bestehen.

42) So Brox-Rüthers, § 17 III 2 b, S.272 (der ArbGeb müsse als Schuldner des Arbeitsentgelts beweisen, daß die Störung auch ohne die Abwehraussperrung, also allein durch den Streik eingetreten wäre).

43) So in ähnlichem Zusammenhang Wlotzke, BABl. 1963, 693 (11), in Anlehnung an BAG AP Nr.16 zu § 2 ArbKrankhG.

44) Siehe hierzu § 1, S.15 f.

cc) Auch das Schaffen klarer Verhältnisse kann im Interesse der Vorhersehbarkeit der Folgen eines Arbeitskampfes ein erstrebenswertes Ziel sein⁴⁵, zumal ja selbst die Lohnfrage hinsichtlich der Fernwirkungen noch lebhaft umstritten ist⁴⁶.

Dafür bietet sich Modell I an. Es hat den Vorteil, eine eindeutige Lösung ohne Beweisschwierigkeiten bereitzustellen, indem es alle Ausfälle, die mittelbare Folgen rechtmäßiger Arbeitskämpfe sind, in gleicher Weise als Fehlzeiten behandelt und damit dem Prinzip einer Anwesenheitsprämie am nächsten kommt.

- d) Zu prüfen ist natürlich, ob diese für den ArbN ungünstige Lösung an höherrangigen Rechtsgrundsätzen scheitert, ob sie also als willkürlich, sittenwidrig oder rechtsmißbräuchlich bewertet werden muß.

aa) Zunächst ist zu berücksichtigen, daß Gratifikationsverlust oder -kürzung den ArbN nicht so hart trifft wie Lohnausfall. Wenn daher schon für das eigentliche Arbeitsentgelt mit beachtlichen Gründen eine derartige Risikoteilung vorgeschlagen wird⁴⁷, stellt dies ein gewichtiges Indiz für ihre rechtliche Zulässigkeit auch hinsichtlich der Gratifikation dar.

bb) Bei der in der Lohnfrage weitgehend vertretenen kombinierten Betriebsrisiko- und Sphärentheorie⁴⁸ wird allgemein die Einschränkung gemacht, daß Existenzgefährdung eines Betriebes die Durchbrechung dieses

45) Mayer-Maly-Nipperdey, S.13.

46) Siehe S.73.

47) So Mayer-Maly-Nipperdey, S.43; Löwisch, Zur Frage des Anspruchs auf Arbeitsentgelt bei Betriebsstörungen infolge von Arbeitskämpfen, DB 1963, 899.

48) Z.B. BAG AP Nr.2-4 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Mayer-Maly-Nipperdey, BGL I, § 41 IV, S.752 ff.; Nikisch, BGL, 3. Aufl., S. 11, S.605 ff.; Siebrecht, S.118 ff.; im wesentlichen auch Schnorr vor ...

Prinzips mit der Folge des Lohnwegfalls rechtfertigt⁴⁹. Eine solche Situation kann gerade bei längerem Arbeitskampf leicht eintreten⁵⁰.

Ähnliche Gesichtspunkte sind unabhängig vom Arbeitskampf für die "normale", also nicht an der Anwesenheit orientierte Gratifikation anerkannt, und zwar selbst bei Rechtsanspruch der ArbN⁵¹.

Steht nun dem ArbGeb die Ausschüttung einer Gratifikation gänzlich frei und hat er sie zudem noch an die betriebliche Anwesenheit gebunden, so erscheint auch eine erweiterte Berücksichtigung arbeitskampfbedingter Ausfälle über den Bereich der Existenzgefährdung hinaus nicht als willkürlich, jedenfalls solange die Kampfmaßnahmen der eigenen Seite rechtmäßig sind.

cc) Das Ultima-ratio-Prinzip, das für die Aussperrung gilt⁵², schützt dabei den ArbN hinreichend vor ungerechtfertigten Nachteilen; denn sobald eine Aussperrung übermäßig oder gar mutwillig ist, verliert sie den Charakter einer rechtmäßigen Kampfmaßnahme⁵³. Bei Rechtswidrigkeit aber greift das Verbot der Gratifikationskürzung ein⁵⁴.

49) Z.B. Brox-Rüthers, § 17 IV 4, S.273; Hueck-Nipperdey, Bd. I, § 44 IV 3 c, S.354; Nikisch, Bd.I, § 42 I 3, S.600; Schmidt von Carolfeld, § 7 B VII 4 a, S.219.

50) Mayer-Maly-Nipperdey, S.21.

51) Z.B. BAG AP Nr.5, 38, 51 zu § 611 BGB Gratifikation; Boldt, ZAS 1968, 1 (III 1 c); Fauth, DB, Beilage Nr.16/1967 VI 2 g; Gros, AR-Blattei, Gratifikation B IV; Haberborn, S. 100; Hohn, S.20; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 42 IV 3, Fußn.61. S.312; Nikisch, Bd.I, § 32 IV 2, S.411.

52) Siehe hierzu Fußn.15, S.68.

53) Mayer-Maly-Nipperdey, S.13.

54) Siehe S.69 f.

dd) Diese Lösung belastet den ArbN auch keineswegs einseitig. Zwar fällt ihm das volle Gratifikationsrisiko zu, dem ArbGeb bleibt aber das Risiko der weiterlaufenden betrieblichen Generalunkosten, des Verlustes von Geschäftsbeziehungen (also insbes. von Absatzmärkten) und der Vertragshaftung gegenüber Zulieferern und Abnehmern⁵⁵. Von der Risikoverteilung her kann deshalb kaum von grober Unbilligkeit gesprochen werden⁵⁶.

ee) Einiges Gewicht für die Zulässigkeit einer solchen Regelung wird schließlich dem Wortlaut des § 84 Abs.3 AVAVG zuzumessen sein; denn wenn dort hinsichtlich des Arbeitslosengeldes davon ausgegangen wird, daß die Fernwirkungen von Streik und Aussperrung im Grundsatz gleichzubehandeln seien, ist das ein bedeutender Hinweis darauf, daß auch dem Gesetzgeber in neuerer Zeit⁵⁷ diese Gleichstellung nicht untragbar erschien⁵⁸.

55) Mayer-Maly-Nipperdey, S.39.

56) Eine sachgerechte Risikoverteilung bewertet das BAG (AP Nr.1 (II 3) zu Art.9 GG Arbeitskampf) als "staatspolitische Notwendigkeit, die es gebietet, Arbeitskämpfe im Interesse des Gemeinwohls nicht zu erleichtern".

57) Das Gesetz stammt aus dem Jahr 1927; trotz mehrfacher Änderungen (zuletzt 1967) wurde an dieser Fassung des § 84 Abs.3 festgehalten. Seit 1. Juli 1969 ist allerdings das AVAVG durch das Arbeitsförderungs-gesetz vom 25.6.1969 ersetzt, dessen § 116 Abs.3 eine für die ArbN günstigere Regelung enthält.

58) Anders etwa § 13 des österreichischen Arbeitslosenversicherungsgesetzes von 1958 (BGBl. Nr.199); siehe hierzu Mayer-Maly-Nipperdey, S.36.

e) Da somit ein Verstoß gegen übergeordnete Rechtsprinzipien nicht feststellbar ist, wird in Anbetracht des weiten Ermessensspielraums des ArbGeb eine derartige Risikoaufteilung als zulässig anzusehen sein⁵⁹.

4. Können nun die Folgeerscheinungen rechtmäßigen Streiks und sogar rechtmäßiger Aussperrung bei der Gratifikation berücksichtigt werden, darf für r e c h t s w i d r i g e n S t r e i k nichts anderes gelten⁶⁰. Es wäre unverständlich, wenn mittelbar betroffene ArbN einen Vorteil davon haben sollten, daß Kampfmaßnahmen ihrer Kollegen gegen die Rechtsordnung verstoßen. Käme man zu einem anderen Ergebnis, wäre der ArbGeb praktisch gezwungen, bei fehlender Arbeitsmöglichkeit die ArbN auszusperrern, um nicht für diese Zeit eine Gratifikation zahlen zu müssen. Damit ergäbe sich ein wirtschaftlicher Druck zur Ausdehnung des Arbeitskampfes, was dem Grundsatz zuwiderliefe, daß Kampfmaßnahmen möglichst zu beschränken seien⁶¹.

Der Gedanke, daß bei rechtswidrigen Handlungen die Solidarität der ArbN nicht zu weit ausgedehnt werden dürfe⁶², sollte hier kein Hindernis sein, da ja für die Gratifikation gerade im Arbeitskampf die Sphärentheorie nicht angewandt zu werden braucht, wie sich bei der Behandlung der Aussperrungsfolgen gezeigt hat⁶³.

59) So für die Lohnfrage z.B. Löwisch, DB 1963, 899; Mayer-Maly-Nipperdey, S.35 f.

60) Ebenso hinsichtlich des Arbeitsentgelts BAG AP Nr.3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Mayer-Maly-Nipperdey, S.9; Siebrecht, S.119.

61) Zum Ultima-ratio-Prinzip s. Fußn.18; gegen eine Obliegenheit zur Aussperrung im Hinblick auf die Befreiung von der Lohnzahlungspflicht auch IAG Kiel, AP Nr.8 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; ebenso Mayer-Maly-Nipperdey, S.42 f.; Siebrecht, S.94 m.w.Nachw. A.A. z.B. Hueck-Nipperdey, Bd.1 § 47 III 1 c, S.617; wie hier jedoch jetzt in Hueck-Nipperdey, Grundriß, § 68 II, S.284.

62) Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 4 b, S.220.

63) Siehe S.66 ff.

Daß andererseits nicht jedes vorwerfbare Handeln eines ArbN, das Produktionsausfälle zur Folge hat, den übrigen Beschäftigten angelastet werden kann, erscheint dessenungeachtet richtig. Die Grenze müßte dort zu ziehen sein, wo sich das Verhalten als kollektive Kampfmaßnahme qualifizieren läßt⁶⁴, weil dann den Regeln des Arbeitskampfes als einer Ursache eigener Art Vorrang vor den allgemeinen Grundsätzen des Betriebsrisikos zukommt.

5. Sind damit alle durch Arbeitskampfmaßnahmen verursachten Ausfälle gleichzubehandeln, sofern sie nicht auf rechtswidriger Aussperrung beruhen⁶⁵, werden die schwierigen Zurechnungsfragen weitgehend vermieden, die sonst beim Zusammentreffen von Streik und Aussperrung auftreten und überwiegend mittels analoger Anwendung des § 254 BGB gelöst werden. Desgleichen verlieren manche anderen Probleme ihre Bedeutung, wie etwa die Frage, wo bei rechtswidrigen Arbeitskämpfen die Grenze für die Solidarität der ArbN liege und welche Folgen darüber hinausgehende Maßnahmen nach sich zögen⁶⁶. Die Risikoabgrenzung in dieser Form erweist sich daher auch als praktikable Lösung, die für ArbN und ArbGeb den Vorteil der Überschaubarkeit bietet⁶⁷ und beiden Seiten Beweisschwierigkeiten erspart.

64) Zur Abgrenzung vgl. RAGE 7, 1; Gros, AR-Blattei, Arbeitsausfall II Betriebsstörung B II 1 b; Hueck-Nipperdey, Bd. I, § 44 IV 3 b, S. 353, Fußn. 124; Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 4 b, S. 220, Fußn. 2. Siehe auch § 16 B 5, S. 128.

65) Dieses Ergebnis vertreten für den Lohn etwa Mayer-Maly-Nipperdey, S. 43.

66) Zu diesen Fragen siehe Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 4 b, S. 220 f.

67) Deren Wichtigkeit betonen besonders Mayer-Maly-Nipperdey, S. 11, 13.

C. Maßregelungsverbot

1. Häufig findet sich in den einen Arbeitskampf abschließenden Tarifverträgen ein Friedensabkommen, das meistens aus Wiedereinstellungsklausel und Maßregelungsverbot besteht⁶⁸. Inhalt des letzteren ist nach allgemeiner Praxis das Verbot jeglicher Maßnahme oder Benachteiligung wegen sog. "schlichter Streikteilnahme"⁶⁹. Damit stehen alle ArbN, die sich während des Arbeitskampfes keine Ausschreitungen zuschulden kommen ließen, unter dem besonderen Schutz einer Vereinbarung, aus der sich Abweichungen von den bisher entwickelten Grundsätzen ergeben können.
2. Ist die Berücksichtigung streikbedingter Abwesenheit bei der Gratifikation aber eine Maßregelung?

Für die Überprüfung der denkbaren zahlreichen Fallgestaltungen erscheinen drei Gesichtspunkte bedeutsam:

- a) der Inhalt der Gratifikationsrichtlinien;
- b) der Zeitpunkt der Gratifikationszahlung;
- c) der Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinien.

68) Die verwendete Terminologie ist nicht ganz einheitlich; teilweise wird der Begriff des Friedensabkommens oder der Friedensklausel synonym mit dem Maßregelungsverbot (so z.B. Brox-Rüthers, § 8 A II 3 b, S.138) oder der Wiedereinstellungsklausel (Nikisch, Bd.II, § 66 IV 6, S.179) gebraucht (wie hier dagegen Siebrecht, S.175; ähnlich auch Hueck-Nipperdey, Bd.II, § 15 II 6 f, S.210 ff.). Manche Autoren beschränken das Maßregelungsverbot auf direktes Vorgehen des ArbGeb wie etwa eine Kündigung und sprechen daneben noch von einem Benachteiligungsverbot, das der Erhaltung von Rechten und Anwartschaften dient (z.B. Bulla, AR-Blattei, Gratifikation, Anm. zu Entsch. 3 (4)). In dieser Arbeit wird der Begriff des Maßregelungsverbotes dagegen im weiteren Sinn verstanden, so daß er auch ein Benachteiligungsverbot mit umfaßt (ebenso Hueck-Nipperdey, Bd.II, § 15 II 6 f, S.213; Nikisch, Bd.II, § 66 IV 6, S.179).

69) Der Umfang dessen, was hierunter fällt, ist im einzelnen umstritten; zum Meinungsstand vgl. Brox-Rüthers, § 8 A II 3 b 46, S.138; Nikisch, Bd.II, § 66 IV 6, S.179; Siebrecht, S.172 ff. m.w.Nachw.; s. auch BAG AP Nr.5 zu Art.9 GG Arbeitskampf mit zust. Anm. Schnorr von Carolsfeld.

Zu a) Wichtigstes Unterscheidungsmerkmal vom Inhalt der getroffenen Regelung her ist der Umstand, ob die Gratifikation allgemein nach den Fehlzeiten der ArbN ausgerichtet wird oder ob allein die streikbedingten Ausfälle herangezogen werden sollen.

Im ersten Fall liegt eine Bindung der Gratifikation an die betriebliche Anwesenheit und damit an den Erfolgsbeitrag des ArbN vor, wobei es unerheblich ist, worauf die Arbeitsversäumnis im Einzelfall beruht. Die Zulässigkeit einer solchen Bestimmung wurde im Grundsatz und auch für die meisten Ausfallursachen (u.a. für Krankheit und Streik) bereits bejaht⁷⁰.

Wird nun ein streikender ArbN einem Kranken oder aus anderem Grund zu Recht Abwesenden gleichgestellt, so kann hierin keine Maßregelung gesehen werden, da ja die Versagung der vollen Gratifikation nicht speziell wegen des Streiks, sondern nur wegen des geringeren Anteils am Geschäftsergebnis erfolgt.⁷¹ Es wäre wohl auch nicht sehr einleuchtend, wenn Kranke oder nach dem MuSchG freigestellte Frauen gerade dadurch zu einer höheren Gratifikation kämen, daß sie sich beim Ausbruch eines Arbeitskampfes nicht passiv verhielten, sondern z.B. durch Flugblattverteilen aktiv am Streik beteiligten. Zu berücksichtigen sind außerdem die Folgen, die sich aus der Annahme einer Maßregelung in diesem Fall ergeben: Beim Zusammentreffen von Kampfmaßnahmen beider Seiten würden dadurch nämlich die ausgesperrten ArbN, die womöglich den vorausgegangenen Teilstreik abgelehnt hatten, gegenüber den aktiv Kämpfenden benachteiligt, sofern nicht das Maßregelungsverbot auch sie einschlosse.

70) Siehe z.B. § 1, S.17, § 5, S.41 sowie A 1, S.64 ff.

71) BAG AP Nr.35 (3) zu § 611 BGB Gratifikation.

Eine Bevorzugung der Streikenden gegenüber den aus anderen Gründen Fehlenden erscheint daher nicht angebracht⁷² und dürfte auch von der Konzeption des Maßregelungsverbot her nicht erforderlich sein.

Denkbar wäre es allerdings, daß Vereinbarungen abgeschlossen werden, die inhaltlich über ein echtes Benachteiligungsverbot hinausgehen. In Anbetracht der Vertragsfreiheit muß es den Parteien überlassen bleiben, auch ein Übereinkommen dahin zu treffen, daß streikbedingte Abwesenheit als Arbeitsleistung fingiert werde⁷³. Ob eine derartige Klausel, die alle anderen zu Recht fehlenden ArbN diskriminiert, als angemessen und wünschenswert zu bezeichnen ist, erscheint immerhin fraglich und auch ihre Auswirkung auf das Betriebsklima dürfte recht zweifelhaft sein; ein Verstoß gegen zwingende Rechtsvorschriften liegt darin jedoch nicht.

Da eine solche Fiktion aber nicht unter den gefestigten Begriffsinhalt des Maßregelungsverbot (Untersagung der Benachteiligung gerade wegen des Streiks) zu subsumieren ist, muß ein dahin gehender Wille der Tarifparteien eindeutig zum Ausdruck kommen⁷⁴.

72) BAG, a.a.O.

73) Eine solche Vereinbarung hält auch das BAG, a.a.O. (4) für zulässig; der dortigen Entscheidung wurde sie jedoch nicht zugrunde gelegt, weil eine etwaige dahin gehende Absicht der Parteien im TV nicht eindeutig zum Ausdruck gekommen war. Im Gegensatz hierzu scheint Schwedes (BABl. 1966, 169 I 2) jedoch die Fiktion der Arbeitsleistung als Normalinhalt einer Maßregelungsklausel anzusehen (ähnlich wohl LAG Düsseldorf, DB 1953, 928; LAG Hannover, BB 1953, 623; Gumpert, BB 1964, 886). In gleicher Richtung könnten auch Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG, 4. Aufl. 1964, § 1, Anm. 51 verstanden werden, obwohl Fiktion der Nichtunterbrechung nicht unbedingt schon mit Arbeitsleistung gleichzusetzen ist. Von seinem Ausgangspunkt, die Gratifikation teile als Lohnzulage dessen Schicksal, kommt Herschel (SAE 1965, 6 (3 b)) allerdings zum gegenteiligen Ergebnis, da der "Normalfall" eben nicht auch für Lohn und Gratifikation gelte; hier sei eine eindeutige Formulierung erforderlich.

74) BAG, a.a.O. (4).

Grundsätzlich ist dagegen das Ausrichten der Gratifikation nach den Fehlzeiten dann nicht als Maßregelung zu bewerten, wenn diese ohne Rücksicht auf ihre Ursache herangezogen werden⁷⁵. Fallen derartige Gratifikationsrichtlinien aber generell nicht unter ein Maßregelungsverbot, ist es auch unerheblich, ob sie vor oder nach dem Abschluß einer Friedensklausel getroffen werden⁷⁶.

Zu b) Erfolgte die Zahlung einer Gratifikation bereits vor Beendigung des Arbeitskampfes, so handelt es sich um einen abgeschlossenen Vorgang. Eine über den Zeitpunkt des Friedensabkommens hinauswirkende Diskriminierung der Streikenden kann darin nicht gesehen werden⁷⁷. Der durch die Ankündigung entstandene Anspruch der begünstigten ArbN für das laufende Jahr⁷⁸ hat sich mit der

-
- 75) Ebenso BAG, a.a.O. (2); kritisch hierzu Gumpert, BB 1964, 386 (3). Eine derartige Regelung dürfte auch der Entscheidung des BAG AP Nr.7 zu § 611 BGB Gratifikation zugrunde gelegen haben, obgleich dort in den Gründen unter Nr.2 die Rede davon ist, daß zumindest bestimmte Fälle von Krankheit nicht berücksichtigt werden sollten.
- 76) Offen gelassen in BAG AP Nr.35 (4) zu § 611 BGB Gratifikation; aus der dortigen Formulierung ist allerdings zu schließen, daß das BAG nur eine gezielte Schlechterstellung als unzulässig ansehen würde. Nicht eindeutig ist insoweit A. Hueck (Anm. zu AP Nr.7 zu § 611 BGB Gratifikation); er nimmt zwar einen Verstoß gegen das Maßregelungsverbot an, wenn der ArbGeb nach dessen Abschluß erkläre, "er zahle nur den ArbN eine Gratifikation, die das ganze Jahr hindurch gearbeitet hätten" - das schlosse auch die Form der modifizierten Anwesenheitsprämie ein -, folgert aber andererseits, es seien dann "ArbN wegen des Streiks schlechter behandelt ... als andere ArbN" - das träfe bei dieser Gestaltungsform jedoch nicht zu.
- 77) Eine derartige Nachwirkung wäre aber Voraussetzung für das Vorliegen einer Maßregelung; so BAG AP Nr.7 (3) zu § 611 BGB Gratifikation mit zust. Anm. A. Hueck.
- 78) Z.B. BAG AP Nr.21, 34, 37 zu § 611 BGB Gratifikation; Boldt, ZAS 1968, 1 (II 1).

Zahlung endgültig erledigt, so daß erst recht keine Anwartschaft der Streikenden besteht, die das Benachteiligungsverbot aufrecht erhalten könnte⁷⁹.

Grundsätzlich kann daher ein Maßregelungsverbot nur dann für die Gratifikation Bedeutung gewinnen, wenn der Zahlungszeitpunkt nach der Vereinbarung liegt⁸⁰.

Eine Ausnahme läßt sich allerdings für den Fall denken, daß die Vertragsparteien dem Abkommen einen weitergehenden Inhalt beilegen wollen. Wird wie im Sachverhalt, der dem Urteil des BAG vom 15.5.1964⁸¹ zugrunde lag, vereinbart, daß sogar bereits erfolgte Maßregelungen rückgängig zu machen seien, muß die Zeitschranke insoweit als aufgehoben betrachtet werden⁸². Der ArbGeb kann nicht gehindert sein, sich auch zu Leistungen zu verpflichten, die an sich von einem Maßregelungsverbot im strengen Sinn nicht erfaßt werden.

Zu c) Von den erwähnten besonderen Vereinbarungen abgesehen kommen damit für den Anwendungsbereich eines Maßregelungsverbotes die Fälle in Betracht, in denen nach Beendigung des Arbeitskampfes eine Gratifikation gezahlt wird, die Streikende gegenüber anderen zeitweise fehlenden ArbN benachteiligt. Hierbei könnten sich weitere Unterschiede aus dem Zeitpunkt der Festlegung der

79) Siehe hierzu Bulla, AR-Blattei, Gratifikation, Anm. zu Entsch. 3.

80) BAG AP Nr.7 zu § 611 BGB Gratifikation; zust. Osswald, OAE 1959, 9; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 42 IV 2 c, S.310, Fußn.57; Nikisch, Bd.I, § 32 IV 3, S.413, Fußn.54.

81) AP Nr.35 zu § 611 BGB Gratifikation.

82) Einen darin gehenden Parteiwillen sieht Nikisch (Bd.II, § 66 IV 6, S.179, Fußn.104) jedoch als unwahrscheinlich an; so auch Bulla, AR-Blattei, Arbeitskampf II G II 4 b bb (1).

Gratifikationsmodalitäten ergeben, der ja nicht mit dem Zahlungstermin zusammenfallen muß.

aa) Erfolgt die Bestimmung nach Abschluß der Friedensklausel, ist der klassische Fall der Maßregelung gegeben, da die ArbN dann speziell wegen des Streiks und entgegen der vorausgehenden Vereinbarung benachteiligt werden⁸³.

bb) Etwas problematischer ist die Situation, wenn die Richtlinien während des Streiks erlassen werden, da sie dann zum Zeitpunkt ihres Ergehens mit keiner anderslautenden Übereinkunft kollidieren und deshalb (jedenfalls zunächst) rechtmäßig sind.

Ausschlaggebend ist also, ob ein späteres Abkommen ihren Rechtscharakter beeinflussen kann.

Dabei ist zu beachten, daß der eigentliche Effekt, nämlich die Zahlung, doch erst nach der Friedensklausel eintritt, daß also die getroffene Bestimmung über die Vereinbarung des Maßregelungsverbotes hinaus fortwirkt. An dieser Stelle dürfte in der Tat der entscheidende Unterschied zu den unter b) behandelten Fällen liegen. Nunmehr erleiden die Streikenden einen Nachteil wegen des Streiks, und zwar zu einem Zeitpunkt, als die getroffene Vereinbarung dies bereits verbietet.

Auch hier wird daher das Vorliegen einer Maßregelung zu bejahen sein.

cc) Zu untersuchen bleiben schließlich die Fälle, in denen die Gratifikationsrichtlinien vor Beginn des Streiks, gegebenenfalls schon in früheren Jahren festgelegt wurden

83) Ebenso Mayer-Maly, Anm. zu AP Nr.35 zu § 611 BGB Gratifikation; im Ergebnis auch A. Hueck, Anm. zu AP Nr.7 zu § 611 BGB Gratifikation.

und unverändert fortgalten. Eine Diskriminierung gerade des mit dem Friedensabkommen beendeten Ausstands muß dabei verneint werden, weil dieser bei Bestimmung der Modalitäten ja noch gar nicht bekannt war.

Andererseits handelt es sich immerhin um ein allgemein gegen Streiks gerichtetes Vorgehen, dem offenbar die Tendenz zugrunde lag, die ArbN von Kampfmaßnahmen abzuhalten; außerdem tritt auch hier die Wirkung nach dem Friedensabkommen ein.

Da somit im Ergebnis doch eine Benachteiligung allein der Streikenden erfolgt, auch wenn die Richtlinien nicht im Zusammenhang mit einem bestimmten Arbeitskampf ergingen, wird man auch hierin eine Maßregelung zu sehen haben; die Tatsache der Diskriminierung des Streiks an sich müßte dafür genügen⁸⁴.

3. Damit läßt sich folgende Abgrenzung treffen:

Eine Maßregelung liegt dann vor, wenn nach den Gratifikationsrichtlinien Streikende schlechter gestellt werden als ArbN, die aus anderen Gründen im gleichen Umfang fehlen, sofern die Gratifikation erst nach dem Abschluß der Friedensklausel ausbezahlt wird. Der Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinien ist dagegen unerheblich.

84) A.A. Mayer-Maly (Anm. zu AP Nr.35 zu § 611 BGB Gratifikation), der für den Fall der Beibehaltung einer schon bestehenden betrieblichen Regelung das Vorliegen einer Maßregelung verneint. Die von ihm herangezogene Stelle der Entscheidungsgründe ist allerdings mißverständlich. Das BAG läßt hier (4) offen, "ob etwas anderes anzunehmen wäre, wenn die Prämienregelung gerade mit Rücksicht auf den vorausgegangenen Streik in dieser Form getroffen worden wäre, also um die Streikteilnehmer schlechter zu stellen als die übrige Belegschaft". Bei einer Gratifikationsregelung "in dieser Form", die alle Arbeitsausfälle gleichbehandelt, dürfte es aber gerade an einer Benachteiligung der Streikenden gegenüber den anderen ArbN fehlen.

Beide Voraussetzungen können allerdings durch weitergehende Vereinbarungen abbedungen werden; derartige vom üblichen Inhalt eines Maßregelungsverbotes abweichende Abreden müssen jedoch hinreichend deutlich sein.

D. Auswirkungen des Arbeitskampfes auf Anwartschaften

Bedeutung gewinnt hier die Frage der Betriebszugehörigkeit, die bei Wartezeiten und dienstaltersmäßig gestaffelter Gratifikation eine Rolle spielt⁸⁵. Wird sie gekürzt, treten womöglich jahrelang nachteilige Auswirkungen ein, die im Ergebnis sogar über eine einmalige völlige Streichung weit hinausgehen.

1. Nach der Suspendierungstheorie⁸⁶ ergeben sich keine Besonderheiten, da das Arbeitsverhältnis als solches ja bestehen bleibt und nur die daraus fließenden Rechte und Pflichten beider Seiten (insbes. auf Arbeit bzw. Lohnzahlung) zeitweise ausgesetzt sind.
2. Nimmt man dagegen mit der Lösungstheorie⁸⁷ an, das Arbeitsverhältnis sei durch Aussperrung beendet worden, liegt zunächst eine eindeutige Unterbrechung der Betriebszugehörigkeit vor.
 - a) Ist aber auf Grund eines Maßregelungsverbotes von der Fiktion ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses auszugehen⁸⁸, wird dadurch auf jeden Fall die

85) Siehe hierzu § 7, Fußn.36, S.54.

86) Bei Streik wird allgemein vom Weiterbestehen des Arbeitsverhältnisses ausgegangen (z.B. Schnorr von Carolsfeld, § 8 B I 5 b, S.321, Fußn.1), während dies bei Aussperrung bestritten ist. Zum Meinungsstand siehe Brox-Rüthers, § 12 IV, S.222 ff. m.w.Nachw.

87) Nachweise bei Brox-Rüthers, a.a.O.

88) Nach Nikisch, Streik und ArbN (BB 1952, 721 III) ist eine derartige Regelung so allgemein üblich, daß sie auch ohne ausdrückliche Abrede als gewollt anzusehen ist. Demgegenüber hält etwa Bulla (AR-Blattei, Arbeitskampf II G II 4 b) ein ausdrückliches Maßregelungsverbot für erforderlich.

Einrechnung der vor dem Arbeitskampf liegenden Zeit erreicht. Da es jedoch der Sinn eines derartigen Benachteiligungsverbotes ist, alle Folgen der Entlassung rückwirkend wieder zu beseitigen, wird man die Fiktion darüber hinaus auch auf die Entlassungszeit selbst auszudehnen haben⁸⁹.

Nicht ist mit einer solchen Klausel allerdings gesagt, daß auch durchgehende Arbeitsleistung fingiert wäre; etwas anderes müßte eindeutig zum Ausdruck gebracht sein⁹⁰. Die Fiktion führt damit in der Regel nur die gleiche Lage herbei, die sich nach der Suspendierungstheorie von vornherein ergibt.

- b) Fehlt eine derartige Vereinbarung, ist die Berechnung der Betriebszugehörigkeit von der Neueinstellung ab möglich; ohne daß die vor der Entlassung liegenden Zeiten einbezogen werden müßten.

Der Wiedereinstellungswille des ArbGeb, von dem das BAG ausgeht⁹¹, zwingt nicht zur Durchrechnung; andernfalls wären auch die in den meisten Tarifverträgen enthaltenen diesbezüglichen Klauseln überflüssig. Zwar ist der ArbGeb in solch einem Fall nicht gehindert, die früheren Zeiten doch anzurechnen, der ArbN trägt jedoch das Risiko, wie bei einem Arbeitsplatzwechsel behandelt zu werden.

89) A.A. Bulla, AR-Blattei, Arbeitskampf II G IV 2 a ("im Zweifel"); Nikisch, Bd.II, § 66 IV 6, S.180 (grundsätzlich). Zweifelhaft Hueck-Nipperdey, Bd.II, § 15 II 6 f, S.213 f. Zum gegenteiligen Ergebnis im Rahmen des § 10 II MuSchG vgl. § 7 D 2 (S.55).

90) Siehe S.83, Fußn.73.

91) AP Nr.1 (III 3) zu Art.9 GG Arbeitskampf.

E. Zusammenfassung

1. Die Berücksichtigung aller unmittelbar durch Arbeitskämpfe herbeigeführten Ausfälle bei der Gratifikation ist prinzipiell möglich; eine Ausnahme gilt nur für Fehlzeiten infolge rechtswidriger Aussperrung.
2. Für mittelbar verursachte Arbeitsausfälle sind die gleichen Grundsätze anzuwenden.
3. Ein Maßregelungsverbot führt nur dann zu einem abweichenden Ergebnis, wenn die Gratifikation nach dem Ende des Arbeitskampfes ausbezahlt wird und dabei allein die streikbedingte Abwesenheit gratifikationsmindernd herangezogen werden soll; weitergehende Vereinbarungen sind zulässig, müssen aber eindeutig sein.
4. Wird nach der Auflösung von Arbeitsverhältnissen in einen Friedensabkommen ihre Neubegründung und die Fiktion der Nichtunterbrechung vorgeschrieben, so ist die Betriebszugehörigkeit durchzurechnen und darf auch nicht um die Entlassungszeit gekürzt werden.

§ 11 Wehrdienst und ähnliche Verpflichtungen

A. Grundwehrdienst

1. Leistet ein ArbN das ganze Jahr über Wehrdienst, kann er im Bemessungszeitraum nichts zum betrieblichen Erfolg beitragen. Diese Tatsache allein müßte es schon - wie etwa auch bei ganzjähriger Krankheit - rechtfertigen, ihn von

1) Auch der Gratifikation nicht das Kalenderjahr, sondern ein anderer Zweijahreszeitraum (z.B. 1.4. bis 31.3.) zugrunde gelegt, gilt für die Wehrdienstzeit eine entsprechende Verschiebung.

der Gratifikation auszuschließen². Überdies enthält § 1 Abs.1 ArbPlSchG die Bestimmung, daß während des Grundwehrdienstes das Arbeitsverhältnis ruhe, die wesentlichen Rechte und Pflichten beider Seiten also vorübergehend suspendiert seien³. Damit ist der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck gebracht, den ArbGeb von allen Leistungen zu entbinden, die nicht besonders angeordnet sind. Eine derartige Vorschrift über die Gratifikation fehlt. Wenn § 1 Abs.2 ArbPlSchG für bestimmte ArbN des öffentlichen Dienstes die Weiterzahlung des Entgelts vorsieht, so bedeutet dies eine Ausnahmeregelung, die keiner erweiternden Auslegung zugänglich ist.

Bei ganzjährigem Wehrdienst bestehen somit gegen den Ausschuß der ArbN von der Gratifikation keine Bedenken⁴.

2. Ist ein ArbN, der im Laufe des Jahres Grundwehrdienst geleistet hat, bei Ausschüttung der Gratifikation wieder in seinem Arbeitsverhältnis tätig, fehlt es an einem solchen Ausschußgrund; der ArbN muß daher mit den übrigen Beschäftigten gleichgestellt werden. Das zeitweise Ruhen des Arbeitsverhältnisses ist deswegen jedoch nicht unbeachtlich geworden. Berücksichtigt der ArbGeb bei der Gratifikation die Fehlzeiten der Belegschaft, kann er auch die Zeit des Wehrdienstes einbeziehen⁵.

2) Siehe § 5 A 2, S.28.

3) Brandstetter, Handbuch des Wehrrechts, Bd.II Nr.510, § 1 ArbPlSchG, Anm. II 1; Sanmer, ArbPlSchG, 2. Aufl. 1967, Rdnr.9 f.; Scheer, Arbeitsrechtliche Fragen bei der Einberufung zum Wehrdienst, BB 1957, 404 (II 3 a).

4) So z.B. JAG Hamm, BB 1963, 1257; Bertermann, Die Weihnachtsgratifikation bei Ableistung der Wehrpflicht, B.St.ObzArch, 1963, 383; Brandstetter, § 6 ArbPlSchG, Anm. II 2; Paack, BB, Beilage Nr.16/1967 VI 2 a; Haberkorn, Weihnachtsgratifikation und Wehrdienst, MuA 1967, 39; Röbler, Muß der Arbeitgeber an einberufene Arbeitsnehmer Sonderleistungen weitergezahlen? BB 1959, 624; Sanmer, ArbPlSchG, Rdnr.11 a; Scheer, BB 1957, 404 (II 3 a). Für Ergebnismittelbeteiligung ebenso BAG AP Nr.1 zu § 6 ArbPlSchG mit zust. Anm. Sanmer.

5) So auch Haberkorn, MuA 1967, 39; nicht eindeutig insoweit Hohn, S.39.

Dem steht § 6 Abs.1 ArbPlSchG nicht entgegen. Er soll zwar den ArbN vor beruflichen Nachteilen nach Beendigung des Wehrdienstes schützen, ist jedoch dann nicht anwendbar, wenn das Ruhen des Arbeitsverhältnisses während des Wehrdienstes das Entstehen eines Anspruchs verhindert bzw. den ArbGeb zur Kürzung von Leistungen berechtigt⁶. Daß hier die Auswirkung erst nach Wiederaufnahme der Arbeit eintritt, ist eine bloße Folge des Auszahlungstermins, die nichts daran ändert, daß die teilweise Abwesenheit innerhalb des Bemessungszeitraums eine Herabsetzung der Gratifikation rechtfertigt.

Enthält nun § 6 Abs.1 ArbPlSchG auch keine Verpflichtung, den ArbN so zu stellen, als habe er in der Zeit des Wehrdienstes in seinem bisherigen Betrieb gearbeitet⁷, so muß diese Vorschrift doch dahin verstanden werden, daß eine einseitige Diskriminierung des Wehrpflichtigen untersagt ist. Auszuscheiden hat damit eine Kürzung der Gratifikation wegen der Wehrdienstleistung, wenn Abwesenheit aus anderen Gründen unbeachtet bleibt.

3. Problematischer ist die Situation, wenn der Wehrpflichtige zur Zeit der Gratifikationszahlung von seinem Arbeitsplatz abwesend ist, nachdem er vorher einen Teil des Jahres über dort tätig war.

Da der ArbN wie im vorigen Fall bei bestehendem Arbeitsverhältnis wehrdienstbedingte Fehlzeiten aufzuweisen hat, liegt an sich hier ebenfalls die teilweise Zahlung der Gratifikation nahe. Diesmal arbeitet er allerdings bei der Ausschüttung gerade nicht in seinem Betrieb. Damit besteht eine gewisse Ähnlichkeit zum Fall des Ausscheidens vor der Zahlung der Gratifikation, wobei nach allge-

6) Rößler, DB 1959, 624; Sahmer, ArbPlSchG, Rdnr.63 a.

7) BAG AP Nr.1 (II 2 a) zu § 6 ArbPlSchG; AP Nr.2 (2) zu § 3 BürlG Rechtsmißbrauch.

meiner Meinung kein anteiliger Anspruch besteht⁸. Diese Parallele ist auch insofern nicht ganz abwegig, als es ja noch nicht feststeht, ob der ArbN nach Beendigung des Grundwehrdienstes seine bisherige Tätigkeit wieder aufnehmen wird.

Anders als beim Ausscheiden besteht hier aber das Arbeitsverhältnis noch; daß dieser Gesichtspunkt allein jedoch nicht unbedingt ein anderes Ergebnis zur Folge haben muß, zeigt sich etwa daran, daß die Rechtsprechung den völligen Ausschluß von ArbN in gekündigter Stellung zuläßt⁹. Allerdings liegt gegenüber der Kündigung, die das Arbeitsverhältnis nach bestimmten Fristen beendet, beim Wehrdienst eine wesentliche Abweichung darin, daß der ArbN später durchaus weiter im bisherigen Betrieb tätig sein kann; nur ist dies bei Fälligkeit der Gratifikation noch nicht sicher.

Wägt man nun all diese Umstände gegeneinander ab, so bietet sich die Tatsache der Abwesenheit zur Zeit der Ausschüttung als Anknüpfungspunkt an. Dafür sprechen insbesondere die von vornherein feststehende lange Dauer der Arbeitsunterbrechung¹⁰ sowie die Ungewißheit über die Wiederaufnahme der Arbeit, worin doch ein nicht unerheblicher Unterschied zu den sonstigen Fehlzeiten liegt. Hinzu kommt noch, daß die Aufzählung der Verpflichtungen des ArbGeb im Arbeitsplatzschutzgesetz als abschließende Regelung

8) Z.B. BAG AP Nr.8, 20 zu § 611 BGB Gratifikation; Haberkorn, S.30; Hohn, S.28; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 42 IV 4 a, S.312; Nikisch, Bd.I, § 32 IV 6, S.416; Schnorr von Carolsfeld, § 7 B III 5 a, S.193. Anders für Österreich § 16 AngG, der - allerdings bei Remuneration mit Rechtsanspruch - zwingend anteilige Zahlung vorschreibt. In der Schweiz besteht ein anteiliger Anspruch nur, wenn die Gratifikation Lohnbestandteil geworden ist (ObG des Kantons Aargau, SJZ 1961, 256).

9) Ständige Rspr. des BAG seit AP Nr.1 (zuletzt Nr.52) zu § 611 BGB Gratifikation.

10) So auch LAG Hamm, BB 1963, 1257 (mit 18 Monaten "weit über den Zeitraum hinaus, für den die Weihnachtsgratifikation gewährt wird").

anzusehen ist¹¹.

Aus diesen Gründen erscheint es deshalb tragbar, auch hier den Ausschluß von der Gratifikation zuzulassen¹². Je nach der zeitlichen Lage des Wehrdienstes ergibt sich dann allerdings für die betroffenen Jahre insgesamt ein recht unterschiedliches Ergebnis¹³. Deshalb dürfte es zweckmäßig sein, die hier nicht mit einer Gratifikation "honorierten" Monate der Tätigkeit beim ArbGeb im Jahr der Wiederaufnahme der Arbeit von den Fehlzeiten abzuziehen. Wenn damit auch nicht alle Härten ausgeglichen würden, ließe sich die Zufallsabhängigkeit der jeweiligen Gratifikationseinbuße bei gleicher Abwesenheitszeit wenigstens etwas vermindern¹⁴.

11) So wohl auch Sahmer, ArbPlSchG, Rdnr.11a, b.

12) Ebenso LAG Hamm, BB 1963, 1257; Hohn, S.39; ähnlich Schelp, BB 1957, 404 (II 3 a), der allgemein das Ruhen auch auf die Gratifikation als "echten Lohnanteil" bezieht; grundsätzlich zustimmend Bertermann (BlStSozArbR 1963, 383) mit der Einschränkung, daß bei Einberufung nach dem 1.10. nur anteilige Kürzung vertretbar sei. A.A. Brandstetter, § 6 ArbPlSchG, Anm. II 2, Fußn.5 (grundsätzlich anteilige Zahlung geboten); zweifelhaft Haberkorn, MuA 1967, 39 (41), der "unter Umständen" einen Ausschluß hier für zulässig hält. Für Österreich wird bei der dortigen Remuneration ein anteiliger Anspruch bejaht; so Martinek-Schwarz, AngG, § 16, Anm.2 unter Berufung auf § 17 Arbeitsplatzsicherungsgesetz.

13) Beispiel bei proportionaler Gratifikationskürzung:

	<u>Dienstzeit</u>	<u>Gratifikation für</u>		
		<u>1967</u>	<u>1968</u>	<u>1969</u>
A	1.1.67 - 30.6.68	-	50 %	100 %
B	1.4.67 - 30.9.68	-	25 % (50%)*	100 %
C	1.7.67 - 31.12.68	-	-	100 %
D	1.10.67- 31.3.69	-	-	75 % (100 %)*

* zu den Werten in Klammern s. Fußn.14.

Am günstigsten steht A; allein seine Gratifikation entspricht auch der tatsächlichen Abwesenheit, für die übrigen ArbN entsteht dagegen ein verschieden hoher überproportionaler Ausfall.

14) Bei Anrechnung der "verlorenen" Monate auf die Fehlzeit nach Wiederaufnahme der Arbeit erhöht sich die der Gratifikation zugrunde liegende Zeit bei B u. D jeweils um 3 Monate, so daß B mit A gleichzieht; ebenso erreicht D jetzt C, beide stehen aber um 1/2 Jahr schlechter als A u. B; hier könnte

4. In den späteren Jahren könnte sich der Grundwehrdienst nur über die Betriebszugehörigkeit auf die Gratifikation auswirken.

Da § 6 II S.1 ArbPlSchG jedoch ausdrücklich die Anrechnung des Wehrdienstes auf die Betriebszugehörigkeit vorschreibt, wird diese bei Rückkehr in das ursprüngliche Arbeitsverhältnis¹⁵ durch den Wehrdienst nicht berührt¹⁶. Dieses Ergebnis ist im übrigen schon aus § 1 Abs.1 ArbPlSchG zu entnehmen, denn das Ruhen eines Arbeitsverhältnisses beinhaltet zwangsläufig sein Fortbestehen; Sonder Vorschriften, die trotzdem eine Kürzung der Betriebszugehörigkeit zuließen¹⁷, sind dagegen im ArbPlSchG nicht erhalten¹⁸.

B. Wehrübungen

1. Pflichtübungen

Hierunter sind die Wehrübungen zu verstehen, an denen der ArbN nicht freiwillig, sondern auf Grund einer Einberufung nach § 6 WehrPflG teilnimmt¹⁹. Auch für ihre Dauer ruht gemäß § 1 ArbPlSchG das Arbeitsverhältnis.

Hinsichtlich der Gratifikation gilt damit grundsätzlich das gleiche wie für den Grundwehrdienst, wobei allerdings ganzjähriges Fehlen wegen der Begrenzung der Übungen auf

nur eine im Jahr der Rückkehr gegenüber den anderen ArbN erhöhte Gratifikation einen entsprechenden Ausgleich herbeiführen, was zwar gerecht erschiene, aber nur schwer durchsetzbar sein dürfte.

- 15) Sahmer, ArbPlSchG, Rdnr.65d.
16) Für die Dienstzeiten in der früheren deutschen Wehrmacht s. z.B. BAG AP Nr.1 zu § 611 BGB Kriegsdienstzeiten.
17) Vgl. etwa die Bestimmungen über die ruhegehalttsfähige Dienstzeit für Beamte bei Beurlaubung ohne Dienstbezüge (§ 111 Abs.1 Nr.5 BBG, Art.123 Abs.1 Nr.3 BayBG).
18) So auch Sahmer, ArbPlSchG, Rdnr.67a.
19) Sahmer, ArbPlSchG, Rdnr.4e.

drei bzw. sechs Monate nicht auftreten wird (§ 6 Abs.1 WehrPflG). Es kann deshalb auf die Ausführungen unter A 2-4 (S.91 ff.) verwiesen werden.

Da jedoch keine Minstdauer vorgeschrieben ist, kommen auch recht kurze Einberufungen in Betracht²⁰. Der bei Ableistung des Grundwehrdienstes zur Zeit der Gratifikationszahlung als zulässig angesehene Ausschluß von der Gratifikation kann in solchen Fällen eine unerträgliche Härte bedeuten²¹. Andererseits würde jeder Grenzziehung innerhalb der möglichen Zeitdauer der Übungen ebenfalls etwas Willkürliches anhaften.

Es erscheint daher angebracht, bei allen Übungen bis zu drei Monaten - unabhängig davon, ob die Gratifikation während dieser Zeit ausbezahlt wird - von generellem Ausschluß abzusehen²²; eine Gleichbehandlung mit sonstiger Abwesenheit, also auch eine entsprechende Kürzung der Gratifikation, wäre dagegen unbedenklich²³.

Da der Ausfall hier nur einen überschaubaren Zeitraum betrifft und das Risiko der Wiederaufnahme der Arbeit bei einem Beschäftigten, der auch nach dem Grundwehrdienst an seinen Arbeitsplatz zurückgekehrt ist, nicht allzu

-
- 20) Die früher vorgesehene Minstdauer von einem Tag wurde durch die 3. Novelle zum WehrPflG (1965) aufgehoben; dadurch sollten auch lediglich mehrstündige Übungen (z.B. Alarmübungen) ermöglicht werden (Hahnenfeld, WehrPflG, § 6, Rdnr.9).
- 21) Ebenso IAG Hamm, BB 1963, 1257 (Ausschluß bei kurzfristiger Wehrübung im Dezember im höchsten Maß unbillig).
- 22) So wohl auch Hohn, S.39; Haberkorn (MuA 1967, 39, 41) hält bei Wehrübungen eine Kürzung, u.U. auch völligen Ausschluß für zulässig; dies soll nicht gelten, wenn das Arbeitsverhältnis nur kurzfristig unterbrochen ist. Die verschiedenen Fälle sind jedoch nicht gegeneinander abgegrenzt.
- 23) Das schließt allerdings nicht aus, daß die Gratifikation - je nach ihrer Staffe lung - womöglich trotzdem entfällt; insofern steht der Wehrpflichtige dann aber nicht schlechter als andere ArbN mit gleichen Fehlzeiten.

groß sein wird, dürfte dies auch mit den Belangen des ArbGeb vereinbar sein.

Mit einer solchen Regelung wären die meisten Wehrübungen erfaßt, so daß in der Praxis kaum Differenzierungen erforderlich würden. Ausgenommen blieben die 6-Monats-Übungen; da diese sich schon von der Dauer her deutlich von den anderen Übungen abheben und nur Wehrpflichtige betreffen können, die einen verkürzten Grundwehrdienst abgeleistet haben - auch diese höchstens einmal (§ 6 I S.2 WehrPflG)-, sollte eine derartige Unterscheidung auch sachlich gerechtfertigt sein.

2. Freiwillige Wehrübungen bis zu 6 Wochen im Kalenderjahr

Diese Übungen, die wegen der Freiwilligkeit der Teilnahme²⁴ an sich nicht unter das Arbeitsplatzschutzgesetz fallen, werden durch § 10 dieses Gesetzes praktisch doch dem Grundwehrdienst und den Pflichtwehrübungen gleichgestellt.

Auch für die Gratifikation gilt deshalb nichts anderes. Die Übungsdauer ist als berechtigte Abwesenheit zu bewerten, die wie bei anderen Fehlzeiten eine entsprechende Kürzung zuläßt. Gänzlicher Ausschluß der ArbN, die gerade bei Auszahlung der Gratifikation eine solche Übung ableisten, erscheint in Anbetracht der begrenzten Dauer der Abwesenheit dagegen nicht gerechtfertigt. Die Übungen sind daher nach A 2 (S.91f.) zu behandeln.

3. Freiwillige Übungen von mehr als 6 Wochen im Kalenderjahr

Hier kommen dem ArbN die Vorschriften des ArbPlSchG nicht mehr zugute²⁵. Das Arbeitsverhältnis kann also entgegen

24) Es handelt sich um eine freiwillig übernommene Verpflichtung des ArbN außerhalb des § 6 WehrPflG (siehe Sahmer, ArbPlSchG, Rdnr.104 a).

25) Für die Abgrenzung gegenüber § 10 ArbPlSchG s. Sahmer, Rdnr.105b, c.

§ 2 ArbPlSchG gekündigt werden, wobei dann für die Gratifikation die allgemeinen Grundsätze bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses anzuwenden sind²⁶. Macht der ArbGeb von der Kündigungsmöglichkeit keinen Gebrauch, sondern läßt er das Arbeitsverhältnis ruhen, wird für die Kürzung der Gratifikation bzw. den Ausschluß hiervon dasselbe wie hinsichtlich des Grundwehrdienstes zu gelten haben, so daß nach A 2 und 3 (S.91 ff.) zu verfahren ist.

4. Wehrübungen von nicht länger als 3 Tagen

Eine Sonderstellung nehmen diese Kurzübungen ein, denn hierfür ist kein Ruhen des Arbeitsverhältnisses vorgesehen, sondern § 11 ArbPlSchG ordnet Freistellung von der Arbeitspflicht unter Weiterzahlung des Entgelts an.

Nun ist die Lohn- oder Gehaltsfortzahlung allein kein zwin-
gender Grund, der die Berücksichtigung einer solchen Aus-
fallzeit bei der Gratifikation ausschliesse, was sich etwa
am Beispiel der Krankheit von Angestellten²⁷ ergibt; an-
dererseits kann sie aber Indiz dafür sein, daß der Gesetz-
geber die Arbeitsleistung fingieren will, und zwar insbe-
sondere dann, wenn sie mit einem Vor- und Nacharbeitsver-
bot gekoppelt ist²⁸.

26) Hiernach ist Ausschluß möglich, wenn der ArbN bei Zahlung der Gratifikation in einem gekündigten Arbeitsverhältnis steht, erst recht bei Ausscheiden vor diesem Zeitpunkt. Im Regelfall besteht dabei kein Anspruch auf anteilige Gratifikation; ständ. Rspr. u. allg. M., z.B. BAG AP Nr.52 zu § 611 BGB Gratifikation; IAG Bayern, ABLBayerArbMin. 1967 C,14; vgl. statt aller Haberkorn, S.30 ff.; Hohn, S.28 ff.; Hueck-Nipperdey, Bd.1, § 42 IV 2 c, S.310, FuBn.58; Nikisch, Bd.1, § 32 IV 3, S.413; Schnorr von Carolsfeld, § 7 B III 5 b, S.194, FuBn.2, 3. Ebenso für die Schweiz AppG des Kantons Baselstadt, SJZ 1968, 223. A.A. für den Sonderfall vorzeitiger Kündigung durch eine Schwangere, um dem ArbGeb hinreichend Zeit zum Suchen einer Ersatzkraft zu geben, IAG Stuttgart (BB 1968, 43).

27) Siehe § 5, S.31.

28) Vgl. z.B. die Ausführungen im Bereich des Mutterschutzes (§ 7 B, S.50 ff.).

In der Regelung des § 11 ArbPlSchG dürfte ein ähnliches Ziel zum Ausdruck kommen. Die Erstattungsvorschrift des Abs.2, die den größten Teil der dem ArbGeb auferlegten Verpflichtungen wieder auf den Bund abwälzt, legt die Annahme nahe, daß hier ein besonders weitgehender Schutz des ArbN beabsichtigt ist, wobei jedoch die Belastung des ArbGeb in Grenzen gehalten werden soll.

In Anbetracht des verhältnismäßig geringen Arbeitsausfalls, der dabei in Betracht kommt, erscheint eine unterschiedliche Behandlung gegenüber den bisher untersuchten Fällen des Wehrdienstes auch sachlich vertretbar, nicht zuletzt aus Gründen der Vereinfachung. Vor allem aber kann daraus, daß diese Übungen im Gegensatz zu den übrigen Wehrdienstzeiten auch auf Probe- und Ausbildungszeiten anzurechnen sind²⁹, gefolgert werden, daß der Gesetzgeber hier von Fiktion der Arbeitsleistung ausgeht.

Aus der Fassung des § 11 ArbPlSchG wird daher insgesamt der Schluß zu ziehen sein, daß diese Kurzübungen der Arbeit im Betrieb gleichzustellen sind, so daß eine Gratifikationsminderung ausscheidet³⁰.

C. Sonstige Begleiterscheinungen des Wehrdienstes

1. Meldung bei den Erfassungs- und Wehrrersatzbehörden

Für die aus diesem Grund erforderlichen Arbeitsausfälle schreibt § 14 Abs.1 ArbPlSchG die Weiterzahlung des Entgelts vor. Wenn auch - wohl in Anbetracht des sehr geringen Umfanges der Abwesenheit - eine Erstattungsregelung nicht getroffen wurde, wird man hierin doch eine dem § 11 ArbPlSchG (Kurzübungen) entsprechende Vorschrift zu sehen haben, die nachteilige Auswirkungen auf die Gratifikation verbietet.

29) Dies ergibt sich daraus, daß § 11 I S.2 den § 6 III ArbPlSchG für nicht anwendbar erklärt; ebenso Sahmer, ArbPlSchG, Rdnr.111 r.

30) So wohl auch Haberkorn, MuA 1967, 39 (41).

2. Einstellung im Anschluß an den Wehrdienst

Bei Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses im Anschluß an den Grundwehrdienst oder eine Wehrübung ist gemäß § 12 in Verbindung mit § 6 Abs.2 ArbPlSchG die Zeit des Wehrdienstes nach 6 Monaten auf die Betriebszugehörigkeit anzurechnen. Hinsichtlich der Gratifikation ergeben sich aus dieser Vorschrift für den ArbN dann Vorteile, wenn eine Staffelung nach der Betriebszugehörigkeit erfolgt oder wenn die Erfüllung bestimmter Wartezeiten Zahlungsvoraussetzung ist.

D. Ziviler Ersatzdienst

Nach § 78 I Nr.1 ErsDiG sind die wesentlichsten Vorschriften des ArbPlSchG (u.a. die hier bedeutsamen §§ 1-14) im Rahmen des zivilen Ersatzdienstes entsprechend anwendbar, so daß auch für die Gratifikation eine Gleichbehandlung mit den wehrdienstleistenden ArbN zu erfolgen hat.

Für Kürzung und gegebenenfalls Ausschluß von der Gratifikation gelten daher die Ausführungen unter A und B 1 (§.90 ff.), wobei allerdings die dort bei kürzeren Wehrübungen auftretenden Ausschlußproblematik hier kaum bedeutsam wird, da nach § 24 I S.2 ErsDiG die den Wehrübungen entsprechende Ersatzdienstzeit im Regelfall zusammenhängend zu leisten ist.

E. Eignungsübungen

1. Das Eignungsübungsgesetz, das noch bis Ende 1970 in Kraft ist (§ 11 Abs.1 EübG), regelt die arbeitsrechtlichen Probleme, die sich ergeben, wenn ArbN auf Grund freiwilliger Verpflichtung zu einer Übung einberufen werden, die über ihre Eignung zum Berufssoldaten oder Soldaten auf Zeit Aufschluß geben soll.

2. Derartige Übungen haben bis zu einer Dauer von 4 Monaten das Ruhen des Arbeitsverhältnisses zur Folge (§ 1 Abs.1), stehen also insoweit dem Grundwehrdienst und den Pflichtwehrrübungen gleich. Für die Gratifikation kann daher im wesentlichen auf die Ausführungen unter A 2-4 (S.91 ff.) verwiesen werden.

- a) Nimmt der ArbN bei Zahlung der Gratifikation an einer Eignungsübung teil, dürfte sein Ausschluß in jedem Fall zulässig sein, zumal in der für solche Leistungen als abschließend³¹ anzusehenden Durchführungsverordnung zum Eignungsübungsgesetz³² keine gegenteilige Bestimmung enthalten ist.

Da es sich außerdem um eine freiwillige Verpflichtung des ArbN handelt, der ja den bisherigen ArbGeb verlassen möchte, erscheint es hier im Gegensatz zu den Wehrrübungen auch bei kürzerer Abwesenheit nicht unbillig, ihn von der Gratifikation auszuschließen³³.

- b) Hat der ArbN dagegen seine ursprüngliche Tätigkeit wieder aufgenommen und ist damit der beabsichtigte Arbeitsplatzwechsel hinfällig geworden, kommt wie beim Wehrdienst nur eine der Abwesenheit entsprechende Kürzung in Frage (s. A 2, S.91 f.). Einem Ausschluß würde das Benachteiligungsverbot des § 6 Abs.1 EübG entgegenstehen.

31) Sahmer, Zur Frage des Anspruchs auf eine Weihnachtsgratifikation während der Teilnahme an einer Eignungsübung, BB 1956, 1141.

32) Abgedruckt bei Nipperdey, ArbR, unter Nr. 155 b.

33) Ebenso ArbG Hamm, BB 1956, 785; ArbG Würzburg, ARSt XXI, Nr. 226; Bürger, Über den Gratifikationsanspruch der Arbeitnehmer bei Teilnahme an einer Eignungsübung, ArbGeb 1956, 824; Nikisch, Bd.I, § 32 IV 4, S.414; Sahmer, BB 1956, 1141.

3. Wird eine Eignungsübung freiwillig über die Dauer von vier Monaten hinaus fortgesetzt, so endet das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der vier Monate (§ 3 II S.1 EüBG). In diesem Fall ist wie bei sonstigem Ausscheiden der Ausschluß von der Gratifikation unbedenklich³⁴.

F. Ausbildung im Luftschutz (§ 13 ZBG)³⁵

Personen, die sich zur Mitarbeit im Luftschutz gemeldet haben, können nach § 12 I S.2 ZBG zur Teilnahme an behördlich angeordneten Ausbildungsveranstaltungen verpflichtet werden.

Für die Berücksichtigung des dadurch bedingten Arbeitsausfalls bei der Gratifikation spricht zunächst, daß die Mitarbeit im Luftschutz freiwillig ist (§ 12 I S.1 ZBG), der ArbN also nicht etwa wie beim Wehrdienst auf Grund einer allgemeinen Dienstpflicht herangezogen wird. Auch die in § 13 I S.1 ZBG angeordnete Pflicht zur Fortzahlung des Arbeitsverdienstes schließt eine Kürzung der Gratifikation nicht unbedingt aus, sondern könnte auf das Entgelt im engeren Sinn beschränkt sein.

Andererseits muß beachtet werden, daß der Ausfall sich in Grenzen hält³⁶ und der ArbGeb durch eine Erstattungsregelung (§ 13 II S.1 ZBG) wieder weitgehend entlastet wird, vor allem aber, daß die Freistellung nicht einem persönlichen Interesse des ArbN dient, sondern der Allgemeinheit zugute

34) Siehe Fußn.8, S.93.

35) Nach § 18 Abs.3 des Gesetzes über die Erweiterung des Katastrophenschutzes vom 9.7.1968 (BGBl. I, S.776) werden neue Einheiten des Luftschutzhilfsdienstes nicht mehr aufgestellt. Für die bestehenden Einheiten gelten u.a. die §§ 9 - 20 ZBG bis zu ihrer Einordnung in den Katastrophenschutz.

36) Nach Hey, Handbuch des Luftschutzes, § 12 ZBG, Erl. 4, soll der Ausfall höchstens 2 Wochen pro Jahr betragen.

kommt. Aus diesem Grund ist auch in § 13 Abs.3 ZBG ein ausdrückliches Benachteiligungsverbot enthalten, das etwa eine Kündigung wegen der Mitarbeit im Luftschutzdienst verbietet.

Es zeigt sich damit, daß der Gesetzgeber trotz der Freiwilligkeit der Teilnahme die Ausbildungsveranstaltungen des Luftschutzdienstes in etwa entsprechend den 3-Tage-Wehrübungen (§ 11 ArbPlSchG)³⁷ ausgestaltet hat, so daß angenommen werden muß, daß er diese beiden einander von Umfang und Zweck her ähnlichen Tätigkeiten auch gleichbehandelt wissen will.

Eine Gratifikationskürzung wird daher als unzulässig anzusehen sein³⁸.

G. Zusammenfassung

1. Fehlzeiten infolge von Wehrübungen bis zu 3 Tagen, Meldung bei den zuständigen Behörden und Ausbildung im Luftschutz müssen wie Arbeitsleistung behandelt werden, sind also ohne Einfluß auf die Gratifikation.
2. Sonstige Arbeitsversäumnisse können anteilig berücksichtigt werden.
3. Bei Ableistung von Grundwehrdienst zur Zeit der Ausschüttung ist gänzlicher Ausschluß von der Gratifikation zulässig.
4. Pflichtwehrübungen bis zu 3 Monaten berechtigen den ArbGeb nicht zum Ausschluß.
5. Freiwillige Wehrübungen stehen bis zu 6 Wochen im Kalenderjahr den Pflichtübungen gleich; bei längerer Dauer

37) Siehe B 4, S.98 f.

38) Ebenso Wuttke, S.40, 112; so wohl auch Hey (Erl. 3 zu § 13 ZBG), der von Fiktion der Arbeitsleistung ausgeht.

können sie wie Grundwehrdienst behandelt werden.

6. Für den zivilen Ersatzdienst sowie für Eignungsübungen bis zu 4 Monaten gelten die Regeln des Wehrdienstes entsprechend; längere Teilnahme an Eignungsübungen kann in jedem Fall den Ausschluß von der Gratifikation zur Folge haben.

§ 12 Staatsbürgerliche Pflichten

1. Mitwirkung bei der Rechtsprechung

Es handelt sich hier etwa um die Tätigkeit als Schöffe (Jugendschöffe), Geschworener, Handels-, Arbeits-, Sozial- und Verwaltungsrichter.

Gegen eine Gratifikationskürzung wegen der dadurch bedingten Arbeitsausfälle läßt sich vor allem anführen, daß bei den meisten dieser Ehrendämter Übernahmespflicht¹ besteht und eine Ablehnung nur in sehr engen, gesetzlich genau umschriebenen Grenzen zulässig ist². Die Nichteinhaltung dieser Verpflichtung kann zudem Ordnungsstrafen und die Verurteilung zum Kostenersatz zur Folge haben³. Außerdem ist in den neueren Verfahrensgesetzen ein ausdrückliches Benachteiligungsverbot aufgenommen, das sogar strafrechtlich sanktioniert ist⁴.

Andererseits macht es vom Standpunkt des ArbGeb aus keinen Unterschied, ob ein ArbN aus Gründen, die in seinem Interesse liegen, oder wegen solcher staatsbürgerlicher Pflich-

1) Anders bei Handelsrichtern; vgl. Baumbach-Lauterbach, ZPO, 29. Aufl. 1966, Anm.2 zu § 108 GVG.

2) Z.B. für Schöffen §§ 35, 53 GVG; für Geschworene § 84 GVG; ähnlich §§ 24 ArbGG, 18 SGG, 23 VwGO.

3) Z.B. §§ 56 GVG, 28 ArbGG, 21 SGG, 33 VwGO.

4) Z.B. §§ 26 ArbGG, 20 SGG.

ten nicht am Arbeitsplatz tätig ist; zudem kann der Ausfall beträchtlich sein, besonders bei umfangreichen Strafverfahren.

In all diesen Fällen⁵ steht dem Betroffenen nach § 2 des Gesetzes über die Entschädigung ehrenamtlicher Richter eine Entschädigung für Zeitversäumnis zu, die bei Verdienstausschlag in der Regel zwischen 3 und 5 DM pro Stunde liegt. Da der Gesetzgeber somit bereits eine Einbuße an Lohn oder Gehalt voraussetzt, kann nicht angenommen werden, daß er dem ArbGeb die Bezahlung der Arbeitsversäumnis vorschreiben wollte. Muß der Unternehmer aber schon keinen Lohn entrichten, braucht er diese Zeit ebenso wenig mit einer zusätzlichen Sonderleistung zu honorieren. Eine entsprechende Gratifikationskürzung ist daher zulässig⁶.

Ob ein solches Verfahren aber auch zweckmäßig ist, erscheint allerdings zweifelhaft. Die Übernahme eines Laienrichteramtes kann allein schon wegen der damit verbundenen (u.U. erheblichen) Mehrbelastung - vor allem psychischer Art - dem ArbN höchst unerwünscht sein. Ergeben sich daraus dann noch nachteilige Auswirkungen auf die Gratifikation, liegt es nahe, daß in derartigen Tätigkeiten weniger eine Ehre als vielmehr eine "Strafe" gesehen wird. Die Folge solcher Enttäuschung kann eine Verdrossenheit am Arbeitsplatz sein, die den vom ArbGeb ersparten Gratifikationsbetrag sehr schnell wieder ausgleicht. Erfahrungsgemäß unterliegen gerade finanzielle Nachteile, die aus Pflichten für die Allgemeinheit entstehen, besonders harter Kritik und werden kaum nüchtern betrachtet, sondern rein gefühlsmäßig abgelehnt. Auch ArbN, die einer Gratifikationskürzung etwa wegen Krankheit oder Streik nicht allzu negativ gegenüberstehen, werden hierfür kaum

5) Z.B. §§ 55 GVG, 25 II ArbGG, 19 II SGG, 32 VwGO.

6) Ebenso Wuttke, S.96, 112.

Verständnis aufbringen. Schließlich ist noch zu bedenken, daß diese Tätigkeiten nicht zu den Fehlzeiten gehören, die mit einer nach der Anwesenheit ausgerichteten Gratifikation bekämpft werden sollen, da sie sich ja naturgemäß nicht einschränken lassen.

2. Ladung vor Gericht

a) Auftreten als Zeuge

Im wesentlichen gilt dafür das soeben Gesagte. Der strafbewehrten Pflicht zum Erscheinen (z.B. § 51 StPO, § 380 ZPO) steht eine Entschädigungsregelung⁷ gegenüber, die in gleicher Weise den Wegfall des Arbeitsverdienstes voraussetzt. Auch hier wird man daher eine Minderung der Gratifikation zwar rechtlich als zulässig, arbeitspsychologisch aber nicht als zweckmäßig anzusehen haben.

b) Für die Parteien kann ebenfalls das persönliche Erscheinen mit der Folge von Ordnungsstrafen bei Ausbleiben angeordnet werden⁸. Ihre Zeitversäumnis ist im Rahmen der Kostentragung von der unterliegenden Seite zu ersetzen (§ 91 I S.2 ZPO). Die Berechnung erfolgt analog den Bestimmungen für die Zeugenentschädigung.

Dieser Regelung muß entnommen werden, daß der ArbGeb nicht mit dem dabei entstehenden Ausfall belastet werden sollte. Eine Kürzung der Gratifikation ist daher möglich.

c) Erzwingbar ist schließlich das Erscheinen des Angestellten in der Hauptverhandlung (§ 236 StPO).

⁷ So § 2 des Gesetzes über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen.

⁸ § 141 III ZPO; ähnlich auch in anderen Verfahrensarten, z.B. §§ 51 I ArbGG, 95 I VwGO.

Bei Freispruch steht aber auch ihm Auslagenersatz zu (§ 467 Abs.1 StPO)⁹. Für eine Verpflichtung des ArbGeb fehlt jeder Anhaltspunkt, so daß eine Kürzung der Gratifikation unbedenklich erscheint.

3. Vormundschaft, Pflegschaft

Auch bei Ausübung dieser Ämter kann Arbeitsversäumnis eintreten, z.B. durch Wahrnehmung eines Termins für den Mündel. Das BGB scheint allerdings diese Möglichkeit nicht in Erwägung zu ziehen, denn keine Vorschrift sieht für solche Fälle einen angemessenen Ausgleich vor.

Nach § 1835 I S.1 BGB kann der Vormund¹⁰ zwar Ersatz von Aufwendungen verlangen, hierunter sind aber lediglich bare Auslagen und dergleichen zu verstehen, nicht dagegen Nachteile durch Zeitversäumnis¹¹. Nur ausnahmsweise ermöglicht es § 1836 I S.2 BGB, dem Vormund eine Vergütung zu bewilligen, also etwa dann, wenn die Führung der Vormundschaft besonders hohen Zeitaufwand erfordert¹². Da selbst diese Bestimmung aber ausdrücklich als Kannvorschrift gefaßt ist, muß angenommen werden, daß dem Vormund weitere Ansprüche nicht zustehen und ihm somit im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens des Vormundschaftsrichters¹³ jegliches Risiko eigenen finanziellen Schadens zufällt. Desgleichen fehlen Hinweise auf besondere Verpflichtungen des Unternehmers bei derartigen Arbeitshindernissen über den Rahmen des § 616 BGB hinaus. Man

9) Hierzu rechnet das OLG Koblenz (NJW 1965, 1289; zust. Anm. Dahs jun.) auch den Verdienstausschlag.

10) Für den Pfleger gelten nach § 1915 I BGB diese Vorschriften entsprechend.

11) Palandt-Lauterbach, BGB, § 1835, Anm.2.

12) Siehe hierzu Palandt-Lauterbach, BGB, § 1836, Anm.2 a; weitere Voraussetzung ist aber ein hinreichendes Vermögen des Mündels (§ 1836 I S.3 BGB).

13) Palandt-Lauterbach, BGB, § 1836, Anm.1.

wird daher für solche Fehlzeiten eine Gratifikationsminderung ebenfalls als zulässig, wenn auch nicht als wünschenswert anzusehen haben.

4. Kommunale Ehrenämter (außer im Zusammenhang mit Wahlen)¹⁴

Im Verhältnis zur Vormundschaft sind diese Ämter, deren Übernahme ebenfalls Pflicht ist¹⁵, durch die Entschädigungsbestimmungen der Art. 20a Bay. Gemeindeordnung¹⁶ bzw. Art. 14a Landkreisordnung, die Ersatz des nachgewiesenen Verdienstausfalls vorsehen, wesentlich günstiger ausgestaltet¹⁷. Diese Regelungen werden für den Anspruch des betroffenen Bürgers als abschließend zu bewerten sein. An keiner Stelle in ihnen kommt eine etwaige Absicht des Gesetzgebers zum Ausdruck, dem ArbGeb für solche Fälle Ver-

-
- 14) Zugrunde gelegt wird hier wie auch bei den übrigen landesrechtlich geregelten Ehrenämtern die Rechtslage in Bayern. Die entsprechenden Vorschriften der anderen Bundesländer stimmen dem Sinn nach damit weitgehend überein.
 - 15) In Bayern Art.19 I S.2 GO, 13 I S.2 LKrO, 13 I S.2 BezO. Eine Übernahmepflicht auch für andere Ehrenämter enthält bereits Art.121 Bv.
 - 16) Nach Art.7 I JAG ist diese Bestimmung auch für die durch Gemeinderat oder Kreistag berufenen Mitglieder der Jugendwohlfahrtsausschüsse anzuwenden, während für die Mitglieder des Landesjugendwohlfahrtsausschusses nur eine durch Satzung zu regelnde Aufwandsentschädigung vorgesehen ist (Art.14 JAG).
 - 17) Art.14 IV S.1 BezO spricht nur von angemessener Entschädigung. Satz 2 verweist dafür auf die Bezirkssatzung, während in den insoweit gleichlautenden Art. 20a GO und 14a LKrO der Ersatz des Verdienstausfalls n e b e n einer angemessenen Entschädigung vorgesehen ist. Es wird jedoch der Ansicht zuzustimmen sein, daß hier der Verdienstausfall schon durch die "angemessene Entschädigung" mit umfaßt wird (so z.B. Masoon, Bay.Kommunalgesetze, Art.14 BezO, Anm.4), zumal sachliche Gründe für eine Schlechterstellung der ehrenamtlichen Tätigkeit im Dienst des Bezirks nicht ersichtlich sind.

pflchtungen aufzuerlegen¹⁸. Der vorgesehene Ersatz des Verdienstausfalls deutet vielmehr daraufhin, daß die Autoren dieser Bestimmungen von Nichtanwendbarkeit oder Abdingung des § 616 Abs.1 BGB ausgingen. Erst recht kann dann nicht angenommen werden, daß dem ArbGeb die Berücksichtigung des Ausfalls bei freiwilligen Sonderleistungen verwehrt sein sollte¹⁹.

Zur Frage der Zweckmäßigkeit einer solchen Kürzung sei jedoch wieder auf die Überlegungen unter 1 (S.105) verwiesen.

5. Mitwirkung bei Wahlen

Hierfür gelten besondere gesetzliche Vorschriften:

- a) Anders als bei den bisher behandelten Fällen ist in Art.32 des Landeswahlgesetzes ausdrücklich bestimmt, daß ArbN für die Wahrnehmung der notwendigen Ehrenämter bei Landtagswahlen und Volksentscheiden ohne Entgeltabzug von der Arbeitsleistung zu befreien seien.

In Anbetracht der durch Bußgeldandrohung sanktionierten Übernahmepflicht (Art.23 LWG) und des geringen Umfangs der Arbeitsversäumnis²⁰ ist aus der Lohnfortzahlungsbestimmung zu schließen, daß der Gesetzgeber für diesen Fall die Ausübung des Ehrenamtes mit Arbeitsleistung gleichbehandelt wissen wollte; eine Gratifikationskürzung scheidet daher aus.

18) Zur Abgrenzung der Arbeitgeberpflichten hinsichtlich des Lohnes s. BAG AP Nr.7 zu § 616 BGB mit zust. Anm. Neumann-Duesberg.

19) Wenn Hueck-Nipperdey (Bd.I, § 44 III 1 b, S.336, FuBn.60a) den § 616 I BGB auch bei der Gratifikation für anwendbar halten (ebenso Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, BGB, § 616, Rdnr.39), so dürfte das auf die Fälle zu beschränken sein, in denen auf diese Zuwendung ein Rechtsanspruch besteht und sie daher dem Lohn verhältnismäßig nahegerückt ist. Bei freiwilliger Gratifikation gilt dagegen das Prinzip der Gestaltungsfreiheit, dessen Schranken nur in zwingenden Rechtsnormen liegen, zu denen § 616 I BGB nicht zählt.

20) Die Wahlen finden an Sonn- oder Feiertagen statt, so daß Ar-

- b) Für die Stimmabgabe wird erst recht ganz selten Arbeitsversäumnis in Betracht kommen, da ja meist Briefwahl möglich ist (Art.27 LWG). Für die verbleibenden Ausnahmefälle schreibt Art.32 LWG wie bei den Wahlämtern Lohnzahlung vor. Die darin zum Ausdruck kommende Gleichstellung beider Beteiligungsformen an einer Landtagswahl wird auch auf die Gratifikation zu erstrecken sein, so daß hier ebenfalls eine Kürzung entfällt.
- c) Nach Art.4 Nr. 3 des Bezirkswahlgesetzes gelten die Art.23 u. 32 LWG auch für die Wahl der Bezirksräte. Hinsichtlich der Gratifikation wird man daher zum gleichen Ergebnis kommen müssen, soweit dabei überhaupt ein besonderer Arbeitsausfall in Betracht kommt, da Bezirkstagswahlen gleichzeitig mit den Landtagswahlen durchgeführt werden (Art.1 Abs.2 BezWG).
- d) Für die übrigen Kommunalwahlen fehlt es dagegen an vergleichbaren Bestimmungen:

aa) Art.39 Abs.2 Gemeindewahlgesetz schließt für die Ehrenämter eine Vergütung aus. Selbst wenn man aus § 97 Abs.4 GWO, der die Zulässigkeit einer Aufwandsentschädigung erkennen läßt, den Schluß zieht, daß analog Art.20a GO die ehrenamtlich Tätigen von den Gemeinden freiwillig so entschädigt werden dürften, daß etwaiger Verdienstausschlag mit erfaßt wäre, würde dies noch nicht bedeuten, daß der ArbGeb deswegen auch die Gratifikation voll zu zahlen hätte. Mangels einer dem Art.32 LWG entsprechenden Bestimmung wird daher hier wie im Bereich der übrigen staatsbürgerlichen Ehrenämter eine Gratifikationskürzung zulässig sein.

beitsausfall nur selten - etwa für Sitzungen vor oder nach dem Wahltag - eintreten wird.

bb) Für die Landkreiswahlen enthält Art.8 II S.1 LKrWG eine wörtlich mit Art.39 II S.1 GWG übereinstimmende Regelung. Hinsichtlich der Gratifikation wird deshalb das gleiche zu gelten haben.

- e) In § 11 Bundeswahlgesetz und den §§ 8, 9 BWahlO wird nur die Übernahmepflicht für die Wahlämter sowie die Frage des Auslagenersatzes behandelt. Eine dem Art.32 LWG vergleichbare Bestimmung fehlt dagegen, so daß auch hier eine Kürzung der Gratifikation möglich ist.

6. Zusammenfassung

Es zeigt sich damit, daß der Gesetzgeber bei Kollision der Arbeitspflicht mit staatsbürgerlichen Pflichten - vom Sonderfall des Art.32 LWG abgesehen - das Arbeitsverhältnis hintanstellt²¹. Dem ArbGeb werden deshalb aber keine Verpflichtungen auferlegt; vielmehr wird Verdiensteinbuße weitgehend vorausgesetzt und dem ArbN mehr oder weniger pauschal erstattet. Bei dieser Sachlage muß es dem ArbGeb unbenommen sein, solche Ausfälle wie sonstige Fehlzeiten zu behandeln und die Gratifikation dementsprechend zu kürzen²².

Außer in den Fällen nach 2 b) u. c) (Ladung der Prozeßpartei bzw. des Angeklagten vor Gericht)²³ erscheint dies aber als Härte gegenüber dem ArbN und dürfte wegen der naheliegenden negativen Auswirkungen auf die Arbeitsleistung auch vom Standpunkt des ArbGeb aus nicht unbedingt zweckmäßig sein.

21) Vgl. Schnorr von Carolsfeld, § 8 B I 5 bG, S.327 f.

22) Im Ergebnis ebenso Wuttke, S.97, 112.

23) Siehe S.106 f.

§ 13 Sonderurlaub¹

1. Überblick

Zu denken ist hier insbesondere an Beurlaubungen aus Anlaß besonderer familiärer oder häuslicher Ereignisse (z.B. Familienfeier, Trauerfall, Brandunglück), zur Ermöglichung längerer Reisen, die die Dauer des Erholungsurlaubs überschreiten, zwecks Teilnahme an Fortbildungskursen zur privaten oder beruflichen Weiterbildung und neuerdings auch zur Dienstleistung im Rahmen der Entwicklungshilfe². Besondere gesetzliche Regelungen bestehen für die Urlaubsgewährung zum Aufsuchen einer neuen Arbeitsstelle, für bestimmte politische Tätigkeiten sowie für Jugendleiter.

2. Freizeit zum Aufsuchen einer neuen Arbeitsstelle

Dieser im § 629 BGB festgelegte Anspruch des ArbN soll es ihm bei Kündigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses ermöglichen, schon vor Ablauf der Kündigungsfrist Stellensuche zu betreiben, um einkommenslose Zeiten möglichst zu vermeiden. Nach heute nahezu allgemeiner Meinung ist hierin ein Anwendungsfall des § 616 Abs.1 BGB

1) Die Abgrenzung dieses Begriffs ist im einzelnen umstritten (vgl. hierzu statt aller Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 34 IV 2, S.221 u. § 49 X, S.457 f.). Erfäßt werden sollen an dieser Stelle nur die Fälle, bei denen vorherige Freistellung des ArbN erfolgte; die übrigen werden unter § 14 behandelt. Eine Unterscheidung danach, ob es sich um eine Beurlaubung im eigentlichen Sinn oder um eine Befreiung kraft Gesetzes handelt (vgl. hierzu etwa Art.48 Abs.1 u. 2 GG) sowie danach, ob dem ArbN ein Anspruch auf die Freistellung zusteht oder ob sie ein Entgegenkommen des ArbGeb darstellt (s. Nikisch, Bd.I, § 39 I 5, S.525), wird hier nicht getroffen, weil daraus keine Auswirkungen für die Gratifikation ersichtlich sind.

2) Im öffentlichen Dienst ist nach den Beurlaubungsrichtlinien vom 19.7.1967 (StAnz. Nr.31) für Angestellte und Arbeiter Urlaub ohne Vergütung, aber unter Anrechnung auf die Beschäftigungszeit vorgesehen. Vgl. auch § 17 des Entwicklungshelfer-Gesetzes vom 18.6.1969 (BGBl. I, S.549).

zu sehen, so daß dem ArbN der volle Lohn zusteht, soweit diese Vorschrift nicht abbedungen wurde³.

Da es grundsätzlich anerkannt ist, daß ArbN in gekündigter Stellung von der Gratifikation ausgeschlossen werden können⁴, ist die Frage der Fehlzeitenbehandlung insoweit bedeutungslos. Will ein ArbGeb dagegen zwar von seinem Ausschlußrecht keinen Gebrauch machen, trotzdem aber die Gratifikation am Erfolgsbeitrag des ArbN ausrichten, muß ihn die Stellensuche nach dem Grundsatz a maiore ad minus zu entsprechender Kürzung berechtigen. Ob für diese Zeit im Einzelfall - je nach der Anwendbarkeit des § 616 Abs.1 BGB - das Arbeitsentgelt zu zahlen ist oder nicht, darf dabei keinen Unterschied machen; für eine Fiktion der Anwesenheit besteht deswegen kein Anlaß.

Eine Kürzung der Gratifikation ist daher in jedem Fall zulässig⁵.

3. Urlaub für politische Tätigkeit

a) Mandatsausübung im Bundes- oder Landesparlament

Die hierzu in den Verfassungen enthaltenen Bestimmungen (z.B. Art.48 Abs.2 GG, 30 BV) werden als Freistellung kraft Gesetzes⁶ anzusehen sein; aus ihnen dürfen sich keine Verpflichtungen des Unternehmers zu bestimmten Leistungen ergeben⁷, so daß nach allgemei-

3) Siehe z.B. BAG AP Nr.1 zu § 629 BGB; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 50 7, S.460; Nikisch, Bd.I, § 54 III 4, S.856 f.; Schnorr von Carolsfeld, § 7 F IV 4, S.276.

4) Siehe § 11, S.98, FuBn.26.

5) So auch Wuttke, S.98, 112.

6) Nikisch, Bd.I, § 39 I 5, S.525; so z.B. ausdrücklich Art.30 BV ("bedürfen ... keines Urlaubs"); Art.46 S.1 Verf. NRW; Art.96 I S.1 Verf. Rheinl.-Pfalz; Art.85 S.1 Verf. Saarland vgl. auch Schnorr von Carolsfeld, § 8 B I 5 be, S.328.

7) von Mangoldt-Klein (GG, 2. Aufl. 1964, Art.48, Anm.III 1) vertreten allerdings die Meinung, ein Verstoß gegen das Behinderungsverbot des Art.48 II liege schon in der Kürzung oder Streichung von Gehalt bzw. Lohn. Diese Auslegung ist jedoch abzulehnen. Über die Frage des Entgelts muß die Einzelfall für das Arbeitsverhältnis geltende Regelung scheiden (ebenso Maunz-Dürig, GG, Art.48, Rdnr.10)

nen Grundsätzen Kürzung oder Streichung der Gratifikation in Betracht kommt.

Problematischer ist dagegen die Frage der Betriebszugehörigkeit. An sich müßte wegen des Weiterbestehens des Arbeitsverhältnisses die Zeit der Abgeordneten-tätigkeit eingerechnet werden. Bei der langen Abwesenheit der Mandatsträger und in Anbetracht der dafür geschaffenen besonderen Diätenregelungen, die teilweise sogar eine besondere Altersversorgung⁸ einschließen, erscheint aber - jedenfalls im Bereich der Gratifikation - eine entsprechende Kürzung der Betriebszugehörigkeit als zulässig⁹, zumal der ArbGeb mit dem Kündigungsverbot¹⁰ ja noch immer hinreichend belastet bleibt.

b) Urlaub zur Wahlvorbereitung

Für diesen Zweck besteht ein verfassungsmäßig verankerter Urlaubsanspruch¹¹; die getroffene Regelung dürfte aber nicht so zu verstehen sein, als seien die Wahlkandidaten deshalb wie bei tatsächlicher Arbeit im Betrieb zu behandeln. Da schon eine Fortzahlung des Arbeitsentgeltes nicht vorgeschrieben ist¹², wird

8) Z.B. für den Bundestag das Diätengesetz vom 3.5.1968; siehe auch das Gesetz über die Aufwandsentschädigung der Abgeordneten des Bayerischen Landtags (Art.2 ff., 16a).

9) Ein derartiges Verfahren ist etwa im Beamtenrecht bei Beurlaubung ohne Dienstbezüge für die ruhegehaltfähige Dienstzeit vorgesehen (z.B. § 111 I Nr.5 BBG, Art.123 I Nr.3 BayBG); die Mandatsausübung ist im öffentlichen Dienst allerdings besonders geregelt (z.B. § 5 Bundesrechtsstellungsgesetz, Art.8 Bay. Rechtsstellungsgesetz).

10) Z.B. Art.48 II S.2 GG; Art.29 II S.2 Verf. Baden-Württ.; Art.46 I S.2 Verf. NRW.

11) Z.B. Art.48 I GG; Art.29 I Verf. Baden-Württ.; Art.46 II S.2 Verf. NRW.

12) Anders im öffentlichen Dienst; vgl. z.B. § 2 der Sonderurlaubs-VO für Bundesbeamte.

auch bei der Gratifikation die Berücksichtigung der Abwesenheit zulässig sein¹³.

Hinsichtlich der Betriebszugehörigkeit liegt an sich wegen der gleichen Interessenlage wie bei der Mandatsausübung eine Kürzung um diese Zeiten nahe. Zu bedenken ist aber, daß der hier in Betracht kommende Ausfall wesentlich geringer ist¹⁴ und daß - anders als beim Mandat - in den Verfassungen ausdrücklich von Urlaub die Rede ist. Desgleichen gibt es für den Wahlkampf keine Diätenbestimmungen. Diese Umstände sprechen dafür, daß die im Bereich der Abgeordnetentätigkeit geltende Ausnahmeregelung hier nicht anwendbar und die Betriebszugehörigkeit wie bei sonstiger Abwesenheit aus persönlichen Gründen durchzurechnen ist.

4. Sonderurlaub für ehrenamtliche Jugendleiter

Dieser Fall ist in nahezu allen Bundesländern sehr ähnlich geregelt¹⁵. Gemeinsam ist den Landesgesetzen ein allgemeines Benachteiligungsverbot; Lohnfortzahlung ist dagegen nicht vorgesehen¹⁶.

Der Grund für diese Fassung der Urlaubsbestimmungen wird darin zu sehen sein, daß der Gesetzgeber zwar ein gewisses öffentliches Interesse an der Jugendleitertätigkeit anerkennt und deswegen die Beurlaubung sicherstellt, andererseits aber mangels eines gleichgerichteten Interesses des ArbGeb diesen doch nicht mit der Zahlung des Entgelts belasten will.

13) So auch Wuttke, S.96, 112.

14) § 2 der Sonderurlaubs-VO für Bundesbeamte etwa sieht zwei Monate vor.

15) Z.B. Baden-Württ. (Gesetz vom 13.7.1953), Bayern (Gesetz vom 29.4.1958), Saarland (Gesetz vom 8.6.1962).

16) Z.B. Baden-Württ. (§ 5), Bayern (Art.4), Saarland (§ 2 Abs.2).

Bei dieser Sachlage werden die Verpflichtungen des Unternehmers auf das im Gesetz ausdrücklich angeordnete Maß zu beschränken sein, so daß in Anbetracht der unbezahlten Freistellung auch keine Pflicht zur ungekürzten Zahlung der Gratifikation angenommen werden kann. Das Benachteiligungsverbot wird dadurch nicht bedeutungslos; es behält seine Wirkung für die Betriebszugehörigkeit und den Kündigungsschutz¹⁷.

5. Urlaub aus anderen Gründen

- a) Grundsätzlich gilt, daß Arbeit im Betrieb Voraussetzung für Ansprüche auf Gegenleistungen des ArbGeb ist¹⁸. Neben dem Lohn kann daher normalerweise auch die Gratifikation entfallen bzw. gekürzt werden¹⁹.
- b) Besonders bei Freistellung für einzelne Tage wird aber oft auf Grund bindender Vorschriften oder freiwilligen Entgegenkommens das Arbeitsentgelt fortgewährt, z.B. aus Anlaß von Betriebsjubiläen oder bei bestimmten Familienereignissen²⁰.

Aus der Lohnzahlung wird zu schließen sein, daß die dafür zuständige Stelle (z.B. Tarifparteien oder ArbGeb) diese Fälle mit der Arbeit im Betrieb gleichstellen wollte. Infolgedessen muß dann auch eine Kürzung der Gratifikation ausscheiden²¹.

-
- 17) Baden-Württ. (§ 5 S.2), Saarland (§ 4 S.2).
 - 18) Für Wegfall des Lohnanspruchs außer bei Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit (dort §§ 616 BGB, 63 HGB, 133c Abs.2 GewO) z.B. Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 49 X, S.458.
 - 19) So für den Regelfall auch Wuttke, S.91, 112. Ebenso für den sog. Karenzurlaub in Österreich Dittrich-Veit-Tades, ArbR, § 15 MuSchG, Anm.5; Martinek-Schwarz, § 16 AngG, Anm.2; Tomandl, Sonderzahlungen im Karenzurlaub, JB 1960, 109.
 - 20) Z.B. §§ 616 Abs.1 BGB, 63 HGB, 133c Abs.2 GewO; für den öffentlichen Dienst vgl. auch BAT § 52 und MTL II § 33.
 - 21) Ebenso Wuttke, S.92, 94, 112.

- c) Abweichungen zugunsten des ArbN vom Grundsatz nach a) sind jederzeit möglich.

Aber auch bei b) sind Ausnahmen nicht von vornherein auszuschließen. Wird etwa durch Arbeitsk Kampfmaßnahmen die Lohnfortzahlung für nicht im Interesse des ArbGeb liegende Zwecke (z.B. gewerkschaftliche Schulungskurse, soweit diese nicht der Tätigkeit als Betriebsrat dienen²²⁾) erzwungen, so erscheint eine Besserstellung der beurlaubten ArbN gegenüber ihren aus anderen Gründen zu Recht fehlenden Kollegen (z.B. Kranken) nicht erforderlich. Da ihr Lebensunterhalt für die Zeit der Abwesenheit durch die Weiterzahlung des Entgelts bereits hinreichend gesichert ist und im Gegensatz etwa zu berufsfördernden Kursen das Ergebnis dem ArbGeb nicht zugute kommt, dürfte diesem eine zusätzliche Belohnung kaum zumutbar sein. Allerdings ist für solche Ausnahmen das Vorliegen besonderer Gründe erforderlich. Im Regelfall hat es dagegen hier bei der Gleichbehandlung von Lohn und Gratifikation zu bleiben.

6. Zusammenfassung

Bei kürzerem Sonderurlaub mit Fortzahlung des Entgelts muß im allgemeinen die Gratifikation voll gewährt werden. Dies gilt jedoch nicht für Urlaub zur Stellensuche; dort wie auch in den übrigen Fällen ist eine anteilige Herabsetzung der Gratifikation zulässig.

22) Vgl. BAG AP Nr.1 zu § 37 BetrVerfG; Schnorr von Carolsfeld: § 8 B I 2 a, S.303, Fußn.6; Wuttke, S.24 f.

§ 14

Sonstige Fälle der Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit

1. Abgrenzung

Diese Gruppe stellt eine Art Auffangtatbestand dar. Abgesehen von den schon vorher im Rahmen der Sachgebietsprüfung behandelten Spezialfällen sind hierunter alle die Situationen einzuordnen, in denen für den ArbN die Arbeitsleistung unmöglich oder unzumutbar¹ ist, und zwar aus

berechtigten Gründen²,
die in seinem Bereich liegen³,
ohne daß eine vorherige Befreiung von der Arbeitspflicht generell oder im Einzelfall erfolgt wäre⁴.

2. Die auftretenden Fälle können in drei Gruppen eingeteilt werden:

- a) Hat der ArbGeb das Fehlen zu vertreten (ist ihm etwa der Ausfall eines Werkbusses anzulasten), wäre Berufung auf die Abwesenheit des ArbN als Rechtsmißbrauch unzulässig⁵. Die Gratifikation ist dann voll zu zahlen⁶.

1) Zur Abgrenzungsproblematik s. z.B. Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 34 IV 2, S.221.

2) Unberechtigtes Fehlen dagegen § 15, S.121 ff.

3) Für Ursachen im Bereich des ArbGeb siehe § 16, S.124 ff.

4) Fälle vorheriger Freistellung des ArbN sind unter § 13, S.112 ff. behandelt; zur Frage der Abgrenzung s. dort Fußn.1.

5) Siehe § 5 B 2, S.30, insbes. Fußn.11.

6) So für den Lohn z.B. Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 34 IV 1, S.220 u. § 44 III, S.329; Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 5 a, S.222.

- b) Liegt umgekehrt ein Verschulden des ArbN⁷ vor (z.B. fahrlässig verursachter Brand im eigenen Haus), steht ihm keine Belohnung zu, da er sich die Arbeitsleistung ja selbst unmöglich bzw. unzumutbar gemacht hat⁸. Hier kann deshalb eine Gratifikationsminderung eintreten.
- c) Ist die entscheidende Ursache von keiner der beiden Seiten zu vertreten (z.B. Ausfall des einzig möglichen Verkehrsmittels aus Witterungsgründen), dürfte im Regelfall der Grundsatz eingreifen, daß eine geringere Mitwirkung am betrieblichen Erfolg auch im Rahmen der Gratifikation berücksichtigt werden kann⁹.

Hierfür spricht insbesondere, daß die Ursache des Arbeitsausfalls in dem Bereich liegt, für den im allgemeinen der ArbN einzustehen hat. Denn falls man keine "neutrale" Sphäre¹⁰ bejahen will, was jedoch

-
- 7) Zur Frage des Verschuldens siehe Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 44 III 1 a cc, S.332; hiernach darf die Fürsorgepflicht des ArbGeb nicht mißbraucht werden, indem der ArbN auf ihn Folgen eines Tuns abwälzt, die er nach Treu und Glauben selber zu tragen hat. Ähnlich Nikisch, Bd.I, § 43 II 1, S.615; s. auch Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 3 a, S.210 ff.
- 8) Ebenso für den Lohn z.B. Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 44 III, S.329; im Ergebnis (über § 325 BGB) auch Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 5 b, S.222 f.
- 9) Siehe § 1, S.17. Zur Frage des Lohnanspruchs in solchen Fällen vgl. Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 2, S.207 und 4 b, c, S.227.
- 10) Wenn Schnorr von Carolsfeld (§ 7 B VII 4 b d, S.221) Umstände erwähnt, die "in keine der beiden Sphären" fallen, dann dürfte dies wohl nicht so zu verstehen sein, daß damit ein "tertium" bejaht werden soll, sondern mehr in der Richtung, daß solche Vorgänge nicht offenkundig dem einen oder anderen Bereich zugehören. Bei näherer Prüfung läßt sich nämlich auch für derartige Umstände im Rahmen des Sphärengedankens eine sachgerechte Lastenverteilung finden. Dabei ist es durchaus denkbar, daß die tiefere Ursache einer Arbeitsunterbrechung nicht der Seite zufällt, von der man es - dem vordergründigen Anlaß nach - vermuten könnte. So wird die Verletzung eines ArbN durch ein schadhaftes Werkzeug dann, wenn beide Seiten kein Verschulden trifft, im

den Zweck des Sphärengedankens in Frage stellen würde, werden - im Gegensatz zu den Hinderungsgründen im Bereich der Produktionsmittel - alle die Umstände dem ArbN zuzurechnen sein, die ihn davon abhalten, sich pünktlich und leistungsbereit an seinem Arbeitsplatz einzufinden; dies müßte auch dann gelten, wenn sie - wie die objektiven Hindernisse - nicht im eigentlichen Sinn in seiner Person liegen¹¹.

Anders wäre es nur bei Verschulden des ArbGeb oder bei Eingreifen besonderer Vorschriften wie etwa den Bestimmungen der §§ 7, 16 MuSchG, 11, 14 ArbPlSchG, denen der Wille des Gesetzgebers zur Fiktion der Anwesenheit entnommen werden müßte.

Ausnahmen sind weiter dann denkbar, wenn besondere Gründe die Ursache mehr dem Bereich des ArbGeb zuordnen. So wird etwa der Ausfall von Werkbussen auch ohne Verschulden Sache des ArbGeb sein, da er es durch ihren Einsatz übernommen hat, für das Erreichen des Arbeitsplatzes zu sorgen, wofür sonst die ArbN selber einzustehen hätten.

Im übrigen werden Härtefälle weitgehend durch Tarifverträge und andere Vereinbarungen erfaßt sein, die für derartige Situationen Lohnfortzahlung vorsehen; solche Regelungen könnten als Indiz gegen die Zulässigkeit einer Gratifikationskürzung gewertet werden¹².

Ergebnis doch dem Unternehmer zuzurechnen sein, weil die Bereitstellung einwandfreier Arbeitsmittel zu seinem Risikobereich gehört, obwohl der unmittelbare Anlaß des Ausfalls, nämlich die Verletzung des ArbN, in dessen Person und damit auch in seiner Sphäre liegt.

11) Für objektive Hindernisse ebenso (und gegen Anwendbarkeit des § 616 BGB) z.B. Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 44 III 1 a bb, S.331 (da solche Störungen nicht vom ArbGeb einkalkulierbar seien); Nikisch, Bd.I, § 43 I 3, S.612. Hinsichtlich des Lohns teilweise a.A. Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 4 b, S.221.

12) Siehe § 13 5 b, S.116.

Durch Verwendung einer Toleranzklausel¹³ ließen sich auch die verbleibenden Härten im wesentlichen ausgleichen.

3. Soweit derartige Fehlzeiten nicht auf Verschulden des ArbGeb beruhen, wird ihre Berücksichtigung bei der Gratifikation daher im allgemeinen zulässig sein¹⁴; allerdings können besondere Umstände des Einzelfalles eine andere Lösung erfordern. Daß ein einheitliches Ergebnis hier nicht zu erzielen ist, liegt in der Natur dieser Gruppe als Auffangbecken für die vielgestaltigsten Ursachen, die sich erschöpfender Erfassung und Klassifizierung entziehen.

§ 15

Unberechtigtes Fehlen und Unpünktlichkeit

A. Unberechtigtes Fehlen

1. Kann schon ein Arbeitsausfall, der auf vorrangigen gesetzlichen Verpflichtungen des ArbN oder einem ihm von der Rechtsordnung ausdrücklich eingeräumten Anspruch beruht¹, zu Auswirkungen bei der Gratifikation führen, muß dies erst recht bei unberechtigtem Fehlen gelten², zumal dann nahezu immer Verschulden vorliegen wird³.

13) Zu diesem Begriff und seinem Anwendungsbereich s. § 20 2 c, S.168 f.

14) Zur Bedeutung des § 616 BGB im Bereich der Gratifikation s. § 12, S.109, Fußn.19.

Zu § 15: Unberechtigtes Fehlen und Unpünktlichkeit

1) Vgl. etwa die Fälle des Wehrdienstes (§ 11, S.90 ff.) oder die Ausfälle während der Schutzfristen nach dem MuSchG (§ 7 A, S.44 ff.).

2) Ebenso Wuttke, S.22, 112.

3) Fälle entschuldbaren Irrtums sind zwar denkbar, dürften aber nur selten auftreten. Vgl. etwa den Tatbestand des Urteils des BAG AP Nr.21 zu § 615 BGB mit Anm. Schnorr von Carolsfeld.

2. Ist dabei Vorsatz des ArbN gegeben (sog. "Blaumachen", "Krankfeiern"), wird außerdem der Tatbestand der Treuepflichtverletzung erfüllt, was den ArbGeb - je nach dem Gewicht der Verfehlung - zur Streichung oder überproportionalen Kürzung der Gratifikation berechtigt⁴. Derartige Folgen sind dann allerdings nicht mehr auf die Ausrichtung der Gratifikation nach der betrieblichen Anwesenheit zurückzuführen, sondern beruhen auf den hier nicht näher zu untersuchenden Eigentümlichkeiten der Treuepflichtverletzung.

B. Unpünktlichkeit

Dieser Begriff soll hier im weitesten Sinn verstanden werden, also nicht nur im Hinblick auf verspätetes Erscheinen am Arbeitsplatz, sondern mit Einschluß vorzeitigen Verlassens der Arbeitsstelle und der Überschreitung von Pausen, also aller Fälle kurzzeitiger Nichtarbeit.

1. Im Prinzip gelten hier die gleichen Grundsätze wie für längeren Arbeitsausfall.
 - a) Bei Verschulden der einen oder anderen Seite hat daher jeweils diese auch bezüglich der Gratifikation die Folgen zu tragen⁵.
 - b) Fehlt es dagegen an einem Verschulden, gelten für die Fälle, die sachlich zu einem der früher in den §§ 2-13 behandelten Sondertatbestände gehören (z.B. ärztliche Untersuchung wegen Unwohlseins, häusliches Unglück), die dortigen Regeln entsprechend.

⁴ IAG Stuttgart, WA 1961, S.164 (Ausschluß bei einem Monat unberechtigter Nichtarbeit). Zur Treuepflichtverletzung s. § 2, S.19, FuBn.6.

⁵ Siehe hier § 14 2 a, b, S.118 f.

Im übrigen entscheidet die Zurechenbarkeit der Ursache darüber, ob Auswirkungen auf die Gratifikation eintreten können oder nicht. Das bedeutet, daß der Ausfall im allgemeinen den ArbN treffen wird⁶, da es seine Sache ist, rechtzeitig am Arbeitsplatz zu erscheinen. Ausnahmen sind jedoch wie unter § 14 2 c (S.120) denkbar, also etwa für die Verspätung eines Werkbusses.

2. Besonderer Erwähnung bedarf die Unpünktlichkeit im engeren Sinn, also das schuldhaft, oft "chronische" Zuspätkommen einzelner ArbN.

In diesen Fällen muß vor allem die innere Einstellung beachtet werden, denn für eine angemessene Beurteilung ist es wesentlich, ob die Vorkommnisse etwa auf bösem Willen oder auf Nachlässigkeit beruhen, ob Ermahnungen eine Besserung bewirken oder nicht.

Grundsätzlich wird hier der Zeitfaktor allein als Anknüpfungspunkt nicht genügen, da laufende kürzere Arbeitsversäumnisse schwerer wiegen als z.B. der einmalige Ausfall eines Arbeitstages. Außerdem dürfte in Anbetracht des verhältnismäßig geringen zeitlichen Umfangs eine rein quantitative Berücksichtigung für die Arbeitsdisziplin nicht allzu wirksam sein; zweckmäßiger erscheint daher eine Behandlung nach den Grundsätzen der Treuepflichtverletzung, weil dieser Gesichtspunkt je nach Schwere des Vorwurfs eine stärkere Kürzung, u.U. sogar die gänzliche Streichung der Gratifikation ermöglicht⁷.

C. Zusammenfassung

Soweit kein Verschulden des ArbGeb vorliegt, ist im Regelfall eine entsprechende Herabsetzung der Gratifikation zulässig.

6) Im Ergebnis ebenso Wuttke, S.106, 112.

7) Siehe § 2, S.19 , Fußn.6.

Bei Verschulden des ArbN kommt - je nach dem Grad der Pflichtverletzung - überproportionale Kürzung oder völlige Streichung in Betracht.

§ 16 Ursachen im Bereich des Arbeitgebers

A. Annahmeverzug¹

1. Nimmt der ArbGeb die ihm ordnungsgemäß angebotene Leistung eines ArbN nicht an (§§ 293, 294 BGB), wird ihm die Berufung auf das Unterbleiben der Arbeit versagt sein müssen, da er es ja selbst - wenn auch vielleicht schuldlos - veranlaßt hat. Er muß den ArbN vielmehr so stellen, als ob er gearbeitet hätte². Demgemäß sieht § 615 S.1 BGB bei Annahmeverzug die Pflicht zur Lohnzahlung vor³.

Die umstrittene Frage der Abdingbarkeit dieser Vorschrift⁴ bleibt hier ohne Auswirkungen; denn es wäre unsachlich und damit unzulässig, den geringeren Erfolgsbeitrag des ArbN auch dann als Anknüpfungspunkt für eine Minderung der Gratifikation heranzuziehen, wenn die Ursache hierfür

-
- 1) Zur Abgrenzung s. etwa Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 54 III 2, S.218. Einen abweichenden Begriff vertritt Nikisch, Bd.I, § 26 III 6, S.281.
 - 2) BAG AP Nr.22 (II 3) zu § 615 BGB.
 - 3) Die von A. Hueck (Anm. zu AP Nr.22 zu § 615 BGB) angeführte Begründung für die Berechtigung der Gratifikationsforderung bei Annahmeverzug des ArbGeb aus dem Wortlaut des § 615 BGB reicht allerdings bei freiwilliger Gratifikation nicht aus, da sie dort gerade nicht zur "vereinbarten Vergütung" gerechnet werden kann.
 - 4) Für Abdingbarkeit die h.L. (s.B. Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 44 II 4, S.328) und ständ. Rspr. seit RAG ARS 3, 5; a.A. Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 1 a g, S.207. Die Rechtsprechung schränkt den Anwendungsbereich allerdings stark ein, da sie die häufige TV-Klausel, daß nur die wirklich geleistete Arbeit bezahlt werde, im Zweifel auf § 616 BGB beschränkt und nicht auch auf § 615 bezieht (s.B. BAG AP Nr.13 zu § 616 BGB Betriebsrisiko); s. auch Schnorr von Carolsfeld, Anm. SAE 1963, S.183.

im Verhalten des ArbGeb liegt. Dies dürfte selbst für den Fall gelten, daß durch besondere Vereinbarung, entgegen der vom Gesetzgeber vorgesehenen Lösung, die Zahlung des Arbeitsentgelts für diese Zeit ausgeschlossen werden könnte.

Die Anrechnung von Ersparnissen und anderweitigem Erwerb (§ 615 S.2 BGB) ist hier ebenfalls ohne Bedeutung, da Ersparnisse nur mit der unmittelbaren Gegenleistung in Beziehung gesetzt werden können, nicht dagegen mit der an längeren Zeiträumen orientierten Gratifikation; außerdem wird anderweitige kurzfristige Erwerbstätigkeit keinen neuen Gratifikationsanspruch zum Entstehen bringen.

2. Betrifft der Annahmeverzug den ganzen Betrieb, kommt hinzu, daß die ArbN am tatsächlich erzielten Erfolg voll mitgearbeitet haben. In diesem Fall darf dann erst recht keine Minderung der Gratifikation eintreten.

3. Bei Annahmeverzug ist eine Kürzung der Gratifikation daher stets unzulässig⁵.

B. Betriebliche Gründe⁶

1. Sind derartige Ausfälle vom ArbGeb zu vertreten, hat er also etwa notwendig Rohstoffe vorwerfbar nicht recht-

5) BAG AP Nr.6, 22 zu § 615 BGB mit zust. Anm. A. Hueck; Hohn, S.25, 16; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 42 IV 4 a, S.312, FuEn.63; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, BGB, § 615, Rdnr.14. Das Ergebnis bei unberechtigter Kündigung läßt das BAG (AP Nr.35 (2) zu § 611 BGB Gratifikation) offen; für Zahlungspflicht in diesem Fall IAG Hannover, BB 1953, S.263; IAG Düsseldorf, DB 1954, 156; IAG Frankfurt, BB 1956, 305; ebenso IAG Mannheim, AP 52 Nr.200, bei Freistellung wegen Verdachts der Werkspionage, wenn dieser später beseitigt wird (zust. Anm. A. Hueck).
Für die Schweiz vgl. hinsichtlich des Lohnanspruchs Guhl, S.302.

6) Zur Abgrenzung dieses Begriffs s. Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 44 IV 1, S.348.

zeitig beschafft, steht einer Herabsetzung der Gratifikation der Einwand des Rechtsmißbrauchs entgegen⁷.

2. Ist umgekehrt die Ursache vom ArbN schuldhaft herbeigeführt (z.B. durch fahrlässige Beschädigung der Maschine, an der er zu arbeiten hätte) kann er keine finanzielle Anerkennung beanspruchen, da er selbst sich ja die Arbeitsleistung unmöglich gemacht hat⁸.

Zugerechnet werden kann ein solches Fehlverhalten aber nur dem betreffenden ArbN selbst. Für die Anwendung des Solidaritätsgedankens ist bei individueller Pflichtverletzung⁹ kein Raum, so daß nicht etwa auch anderen ArbN wegen einer hierdurch bedingten Arbeitsstockung die Gratifikation gekürzt werden könnte; ihnen gegenüber bleibt es ein Fall des Betriebsrisikos¹⁰.

3. Von den Arbeitsunterbrechungen, denen kein Verschulden der einen oder anderen Seite zugrunde liegt, kann noch der Bereich des sog. W i r t s c h a f t s r i s i k o s herausgegriffen werden. Hierunter sind die Fälle zu verstehen, in denen der ArbGeb aus wirtschaftlichen Erwägungen (also z.B. wegen fehlender Absatzmöglichkeit oder

7) So Hohn, S.25; a.A. Wuttke, S.100 f., 112. Hinsichtlich des Lohnes wie hier Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 44 IV 1, S.348; Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 5 a, S.222. Siehe auch BAG, DB 1969, 446 (Lohnzahlungspflicht des ArbGeb aus § 324 I BGB bei Zerstörung der Arbeitsstelle durch Brand infolge Verschuldens des Aufsichtspersonals).

8) Für Lohn ebenso Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 44 IV 1, S.348; im Ergebnis auch Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 5 b, S.222 f.

9) Zur Abgrenzung gegenüber kollektiven Kampfmaßnahmen s. RAGE 7, 1; Gros, AR-Blattei, Arbeitsausfall II Betriebsstörung B II 1 b; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 44 IV 3 b, S.353, Fußn. 124; Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 4 b, S.220, Fußn.2.

10) Siehe 5 a, S.128.

mangelnder Rentabilität) die Produktion einschränkt bzw. den Betrieb ganz oder teilweise stilllegt¹¹.

Solange dabei die Arbeitsverhältnisse nicht gelöst sind, muß der ArbGeb dieses Risiko allein tragen¹²; da die ArbN am bisher erzielten Erfolg voll mitgearbeitet haben, darf ihnen aus einem derartigen von der Gegenseite herbeigeführten Arbeitsausfall kein Nachteil erwachsen. Der ArbGeb ist durch diese Risikoverteilung auch nicht ungerechtfertigt belastet, denn er kann ja die Produktionseinschränkung den Möglichkeiten der Kündigung oder Kurzarbeit anpassen.

4. Übrig bleiben damit die Fälle des eigentlichen Betriebsrisikos; mangels gegenteiliger gesetzlicher Vorschriften kann dieses durch Vereinbarungen aufgeteilt werden¹³.

Liegt eine derartige Festsetzung vor, wird darin eine abschließende Regelung zu sehen sein, die nicht nur für das eigentliche Arbeitsentgelt, sondern in gleicher Weise auch für die Gratifikation bindend ist.

-
- 11) Z.B. Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 44 IV 1, S.348 f.; Nikisch, Bd.I, § 43 III 1, S.608. Bedenken gegen eine Trennung von Wirtschafts- und Betriebsrisiko äußern z.B. Brox-Rüthers, § 17 II, S.268 und Löwisch, DB 1963, 899; für die mittelbaren Folgen von Streik und Aussperrung erscheinen diese auch begründet. Die Situation des Arbeitskampfes ist atypisch und bedarf daher eigenständiger Lösungen, soweit die für andere Ausfallsursachen entwickelten Grundsätze ihren besonderen Gegebenheiten nicht gerecht werden. Die in § 10 B, S. 72 ff. angestellten Überlegungen haben den Vorzug einer einheitlichen Behandlung aller Fernwirkungen ergeben; die Trennung von Wirtschafts- und Betriebsrisiko wird daher auf Ausfälle außerhalb des Arbeitskampfes zu beschränken sein.
- 12) A.A. Wuttke, S.100 f., 112; wie hier für den Lohn BAG AP Nr.13 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 44 IV 1, S.349; Nikisch, Bd.I, § 43 III 2, S.608 f.
- 13) BAG AP Nr.5 zu § 615 BGB Betriebsrisiko und RdA 1969, 94; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 44 IV 1, S.349; Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 4 b ζ , S.221.

5. Fehlt es an einer solchen Vereinbarung, erhebt sich die Frage, ob die für den Lohn zur Verteilung des Betriebsrisikos entwickelten Rechtsgrundsätze¹⁴ den ArbGeb hindern, derartige betriebsbedingte Ausfälle bei der Gratifikation zu berücksichtigen und dem ArbN anzulasten.

- a) Liegt die Ursache in der Einflußsphäre der ArbN (z.B. Teilstreik, der andere Betriebe oder Betriebsteile lahmlegt), so können auch für die mittelbar Betroffenen nachteilige Folgen eintreten¹⁵, soweit kein Verschulden des ArbGeb zu bejahen ist¹⁶.

Dies wird aber nur für echte kollektive Kampfmaßnahmen¹⁷ zu gelten haben, nicht dagegen für das vorwerfbare Verhalten einzelner, dessen Folgen nur dem Schuldigen, nicht aber der Arbeitnehmerschaft als Ganzes zurechenbar sind¹⁸.

14) Vgl. z.B. Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 44 IV 3, S.352 ff.

15) So für das Arbeitsentgelt z.B. BAG AP Nr.2-4 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Gros, AR-Blattei, Arbeitsausfall II Betriebsstörung B II 1 b, 2; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 44 IV 3 b, S.352 ff.; Nikisch, § 42 II 1, 2, S.605 f.; Schnorr von Carlsfeld, § 7 B VII 4 b, S.220.

16) Zu den Voraussetzungen des Verschuldens vgl. Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 44 IV 3, S.353, Fußn.123; Nikisch, Bd.I, § 42 II 3, S.607.

17) Zur Abgrenzung gegenüber individueller Pflichtverletzung s. Fußn.9, S.126.

18) Zu den mittelbaren Folgen von Arbeitskämpfen siehe § 10 B, S. 72 ff., zum Verschulden von ArbN vgl. S.126.

- b) Sonstige betriebliche Gründe (z.B. Schäden an den Produktionsanlagen, Unterbrechung der Energieversorgung, Arbeitsausfall wegen behördlichen Verbotes öffentlicher Lustbarkeiten¹⁹⁾ müssen dagegen dem ArbGeb zur Last fallen. Der ihm zur Verfügung stehende weite Gestaltungsspielraum findet dort seine Grenze, wo sachliche Gesichtspunkte für eine Differenzierung nicht mehr angeführt werden können²⁰⁾. Wenn daher auch die Anknüpfung an die Tatsache des Arbeitsausfalls im Prinzip ihre Berechtigung hat, so können doch die zugrunde liegenden Ursachen nicht völlig außer Betracht bleiben. Wie dabei dem ArbN im allgemeinen die in seiner Person liegenden Umstände zuzurechnen sind, auch wenn er sie nicht verschuldet hat (z.B. Krankheit, Verkehrsmittelausfall), muß für den ArbGeb bezüglich der betrieblichen Ursachen, die ja jeder Einflußnahme des ArbN entzogen sind, das gleiche gelten²¹⁾, sofern nicht besondere Gründe des Einzelfalles eine andere Lösung erfordern (siehe a).

Von solchen Störungen wird außerdem häufig der ganze Betrieb betroffen sein, so daß sich der Anteil der einzelnen ArbN am Geschäftsergebnis dadurch nicht vermindert.

19) Die Entgeltzahlungspflicht in einem solchen Fall (Nürnberger Brandunglück) bejaht das BAG (AP Nr.15 zu § 615 BGB Betriebsrisiko). Für Aufteilung des finanziellen Verlustes dagegen Schnorr von Carolsfeld, Die Eigenständigkeit des Arbeitsrechts, RdA 1964, 297, 303 Anm.35.

20) Siehe § 1, S.15 f.

21) Ebenso Hohn, S.25; Schwedes, BABl. 1966, 169 (I 2); a.A. Wuttke, S.100 f., 112; wie hier für den Lohn Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 44 IV 3 a, S.352; Nikisch, Bd.I, § 42 I 2, S.600; Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 4 a, S.219 u. 4 bß, S.220. Ebenso für den Schweiz Guhl, S.301 f. Zur Rechtslage in Österreich vgl. Tomandl, Streik, S.334 ff.

c) Der Umstand, daß manche derartigen Hinderungsgründe (z.B. Maschinenschäden) mit einer gewissen Regelmäßigkeit auftreten²², dürfte zu keinem anderen Ergebnis führen, da sich der ArbGeb bei der Gratifikation auf betriebliche Ursachen allgemein nicht berufen darf und solche Fälle zumeist auch das ganze Unternehmen betreffen werden, so daß der Erfolgsanteil der ArbN dadurch nicht geringer wird²³.

d) Ist der ArbN jedoch in einer solchen Situation nicht bereit, die Arbeit im Rahmen der zulässigen Arbeitszeitgrenzen nachzuholen oder eine ihm zumutbare Tätigkeit an anderer Stelle des Betriebes zu übernehmen, verstößt er gegen seine Treuepflicht²⁴. In diesem Fall hat er die Arbeitsunterbrechung selbst zu vertreten und kann sich nicht mehr auf das Betriebsrisiko des Unternehmers berufen. Daneben kommen u.U. auch weitere Auswirkungen nach den Grundsätzen der Treuepflichtverletzung in Betracht²⁵.

Im übrigen sind aber die bezüglich des Lohnes erheblichen Fragen anderweitigen Erwerbs bzw. der Anrechnung von Ersparnissen²⁶ hier ohne Bedeutung.

22) So Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 4 a, S.219. Für den dort in Fußn.3 erwähnten Fall des durch einen ArbN schuldhaft herbeigeführten Maschinenschaden siehe S.126, 128.

23) Für die Folgen planmäßiger Arbeitsunterbrechungen (z.B. Maschinenüberholung, Inventur) siehe Gros, AR-Blattei, Arbeitsausfall II Betriebsstörung B II 4.

24) Gros, AR-Blattei, Arbeitsausfall II Betriebsstörung B III 2; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 44 IV 3 c, S.355; Nikisch, Bd.I, § 42 I 4, S.601; s. auch Schnorr von Carolsfeld, § 8 A II 1, S.296.

25) Siehe hierzu § 2, Fußn.6, S.19.

26) Vgl. z.B. Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 44 IV 3 c, S.354; Nikisch, Bd.I, § 42 I 4, S.601.

6. Nur angedeutet sei, daß - unabhängig von der Ursache des Arbeitsausfalls - eine ernste Existenzgefährdung des Betriebes die gänzliche oder teilweise Streichung selbst von Gratifikationen mit Rechtsanspruch rechtfertigen kann²⁷; für die freiwillige Gratifikation muß dies erst recht gelten. Da sich hieraus jedoch für die Behandlung der verschiedenen Arten von Fehlzeiten nichts entnehmen läßt, soll auf diese Frage, die hinsichtlich des erforderlichen Grades der wirtschaftlichen Schwierigkeiten noch umstritten ist, nicht näher eingegangen werden.

C. Kurzarbeit

1. Problemstellung

Im Grunde ist die mit der Einführung von Kurzarbeit verbundene Herabsetzung der regelmäßigen Arbeitszeit ein Vorgang, der dem Betriebs- oder Wirtschaftsrisiko angehört und damit eigentlich dem ArbGeb zuzurechnen ist. Zwei Umstände lassen jedoch eine gesonderte Behandlung angebracht erscheinen:

Zum einen dient die Kurzarbeit durchaus nicht nur den Belangen des ArbGeb, indem sie ihm die Einsparung von Entgeltzahlungen²⁸ ermöglicht, sondern sie kann gerade auch im Interesse der Arbeitnehmerseite liegen, wenn nämlich durch die Verteilung der Verdiensteinbuße auf alle die Entlassung einzelner vermieden wird. Außerdem ist der ArbGeb allein zu ihrer Einführung nicht imstande; hierzu bedarf es vielmehr eines Übereinkommens mit

27) Siehe § 10, S.77, Fußn.51.

28) Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 66 VIII 5, S.704 f.; Nikisch, Bd.I, § 44 I 3, S.643; Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VIII 8 a, S.240.

den Betroffenen oder zumindest der Zustimmung des Landesarbeitsamtes, das sie nur erteilen wird, wenn eine Arbeitsstreckung zu den Belangen der Belegschaft nicht in Widerspruch steht.

2. Regelfall

a) Betrifft die Kurzarbeit nur einzelne Betriebsteile, so ergibt sich für diese gegenüber dem Gesamtbetrieb auch ein geringerer Erfolgsanteil, der ihrer verminderten Arbeitszeit entspricht. Eine Herabsetzung der Gratifikation erscheint daher schon aus diesem Grund vertretbar²⁹.

b) Wird dagegen im ganzen Betrieb verkürzt gearbeitet, ist ein Vergleich mit voll beschäftigten Abteilungen nicht möglich.

Die genannten Besonderheiten sollten es aber rechtfertigen, auch hier von den Grundsätzen des Betriebsrisikos abzuweichen und die Gratifikation ebenso wie Löhne und Gehälter der verminderten Arbeitsleistung anzupassen, sofern unter diesen Umständen überhaupt noch an die Ausschüttung einer Gratifikation zu denken ist.

3. Sonderfälle

a) Bei Kurzarbeit mit Genehmigung des Landesarbeitsamtes gemäß § 17 Abs.1 KSchG muß bis zum fiktiven Ablauf der Kündigungsfrist der volle Lohn gezahlt werden (§ 17 Abs.2 KSchG). Für eine entsprechende Kürzung der Gratifikation jedoch sollte die Tatsache der

²⁹⁾ Im Ergebnis ebenso LAG Düsseldorf, BB 1950, 816; Haberkorn, S.30; Weiß-Hilger-Breuer, Weihnachtsgratifikationen und andere Sonderzuwendungen des Betriebes, 1952, S.25; Zigan, S.21 (auch bei Gratifikation mit Rechtsanspruch).

Arbeitseinschränkung ausreichen, da ein so weitgehender Schutz wie hinsichtlich des Lohnes, bei dem die Zustimmung des Landesarbeitsamtes keine Schlechterstellung der ArbN gegenüber einer Kündigung herbeiführen soll, hier nicht erforderlich erscheint³⁰.

- b) Führt der ArbGeb die Kurzarbeit zu Unrecht ein, also ohne die erforderliche kollektive oder einzelvertragliche (auch schlüssige) Zustimmung³¹ der ArbN bzw. des Landesarbeitsamtes, kommt er, weil sich sein Direktionsrecht nicht auch auf die Arbeitszeit erstreckt, hierdurch in Annahmeverzug³². Die Gratifikation ist dann voll zu zahlen³³.
- c) Wird gerade zur Zeit der Gratifikationszahlung verkürzt gearbeitet, können die betroffenen ArbN nicht einfach mit Teilzeitkräften (also ArbN, die ständig nur mit verringerter Stundenzahl beschäftigt sind) gleichbehandelt werden. Da die Gratifikation nach

30) Endet das Arbeitsverhältnis allerdings, kann der ArbN wie auch sonst beim Ausscheiden von der Gratifikation ausgeschlossen werden (s. hierzu die in § 11, S.93, Fußn.8 angegebene Literatur).

31) BAG AP Nr.1 zu § 615 BGB Kurzarbeit; Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VIII 8 a, S.240.

32) Z.B. Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 34 II 1, S.213; Voraussetzung ist allerdings ein Arbeitsangebot des ArbN, das auch in erkennbarem Protest gegen die Einführung der Kurzarbeit liegen kann (BAG AP Nr.1 zu § 615 BGB Kurzarbeit).

33) Siehe A, S.124 f.

der Jahresarbeitsleistung bemessen wird, müssen auch die Ausfälle zu ihr in Beziehung gesetzt werden. Eine einmonatige Herabsetzung der Arbeitszeit um die Hälfte bei Gratifikationsausschüttung darf daher für die ArbN keinen geringeren Betrag zur Folge haben als etwa zweimonatige Einschränkung zu anderer Zeit um ein Viertel.

d) Unberührt bleibt die Betriebszugehörigkeit, da durch die Kurzarbeit nur einzelne Auswirkungen des Arbeitsverhältnisses teilweise suspendiert werden³⁴.

4. Einen besonderen Fall vereinbarter Arbeitsaussetzung und damit eine Abart der Kurzarbeit stellt auch die sog. W e r k s b e u r l a u b u n g³⁵ dar, bei der auf Grund eines Abkommens für die ganze Belegschaft oder einen Teil davon längere Zeit hindurch die Arbeit ausgesetzt wird.

Es erscheint deshalb richtiger, hier die Grundsätze anzuwenden, die für Kurzarbeit gelten, als wegen des ruhenden Arbeitsverhältnisses etwa wie beim Grundwehrendienst zu verfahren. Diese Unterscheidung dürfte allerdings mehr theoretischer Natur sein, da bei einer solchen wirtschaftlichen Situation kaum mit der Zahlung einer Gratifikation zu rechnen sein wird. Eine Auswirkung wäre dann denkbar, wenn die Werksbeurlaubung nur einen Teil der ArbN beträfe und während dieser Zeit eine

34) Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 34 II 3, S.215.

35) Siehe hierzu z.B. Gros, AR-Blattei, Arbeitsausfall II Betriebsstörung B IV; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 34 II 2, S.214 f.; Nikisch, Bd.I, § 45 II, S.651 f.; Schnorr von Carolsfeld, § 6 A III 2 a, S.167.

Gratifikation ausgeschüttet würde. In diesem Fall wären dann die freigestellten ArbN entsprechend der vorher geleisteten Arbeit anteilig einzubeziehen, während sie nach den Regeln für den Wehrdienst gänzlich ausgeschlossen werden könnten³⁶.

D. Zusammenfassung

1. Annahmeverzug des ArbGeb steht einer Kürzung der Gratifikation entgegen.
2. Auch sonstige betriebliche Ausfallursachen berechtigen den ArbGeb zu keiner Herabsetzung der Gratifikation, da derartige Umstände zu seinem Risikobereich gehören. Etwas anderes gilt nur bei individuellem Verschulden einzelner Beschäftigter sowie bei kollektiven Kampfmaßnahmen der Arbeitnehmerseite. Ebenso kann die Existenzgefährdung des Betriebes eine Verminderung oder auch die völlige Streichung der Gratifikation rechtfertigen.
3. Kurzarbeit ist wegen der dort bestehenden besonderen Interessenlage aus der allgemeinen Risikoverteilung herauszunehmen. Sofern dabei überhaupt noch die Ausschüttung einer Gratifikation in Betracht kommt, ist der ArbGeb zur anteiligen Herabsetzung gegenüber den Betroffenen berechtigt, wobei es keinen Unterschied macht, ob der Zahlungstermin in die Zeit der Kurzarbeit fällt oder nicht. Eine Ausnahme davon besteht nur dann, wenn die Kurzarbeit zu Unrecht eingeführt wurde. Die gleichen Grundsätze gelten auch für die sog. Werksbeurlaubung.

36) Siehe § 11 A 3, S.92 ff.

II. Kapitel:

§ 17 Zusammentreffen mehrerer Ursachen

Vorbemerkung

Unproblematisch sind naturgemäß alle die Fälle, in denen die konkurrierenden Ausfallursachen auf die Gratifikation die gleiche Wirkung haben. Schwierigkeiten können dagegen dann auftreten, wenn die Hinderungsgründe einzeln verschiedene Folgen nach sich ziehen, wenn also nur bei der einen Ursache eine Gratifikationskürzung zulässig ist, während bei der anderen die Fehlzeit wie Arbeitsleistung behandelt werden muß.

Durch systematische Analyse dieser Konkurrenzsituationen soll nun herausgefunden werden, welche Ursachen Vorrang haben und ob sich für solche Fälle allgemeine Grundsätze ableiten lassen.

Nachdem die Einzelprüfung gezeigt hat, daß Abwesenheit bei der Gratifikation grundsätzlich berücksichtigt werden kann¹, wird im Interesse größtmöglicher Straffung der Darstellung an Hand der Ausnahmen untersucht, ob bei Hinzutreten weiterer Hinderungsgründe die Fiktion der Arbeitsleistung bestehen bleibt oder ob dadurch eine Herabsetzung der Gratifikation zulässig wird.

I. Feiertage

1. Gesetzliche Feiertage

- a) Da der Feiertag die gesetzliche Arbeitspflicht verkürzt und insoweit einem Sonntag gleichsteht, wird der Erfolgsanteil etwa eines Kranken durch die in seine Abwesenheit fallende Feiertage nicht weiter ver-

1) Siehe § 1, S.17.

ringert². Für einen Abzug von der Gratifikation besteht deshalb kein Anlaß. Vor Berücksichtigung als Arbeitsversäumnis muß daher die Krankheitszeit um die gesetzlichen Feiertage gekürzt werden, so daß sich nur die reinen Arbeitstage auf die Gratifikation auswirken³.

Die gleiche Situation besteht im Prinzip bei Fehlen wegen Kurbehandlung, Schwangerschaft, Arbeitskampf, Wehrdienst und Sonderurlaub.

Nun ist allerdings nicht zu verkennen, daß ein Herausgreifen der einzelnen Feiertage bei Ausfällen von längerer Dauer (z.B. Wehrübungen oder Beschäftigungsverboten nach den §§ 3, 6 MuSchG) die Berechnung erschweren würde, ohne das Ergebnis wesentlich beeinflussen zu können. Hinzukommt, daß solche Ausfälle zeitlich fixiert sind, so daß sie von Feiertagen unbeeinflusst bleiben. Es erscheint daher gerechtfertigt, aus Vereinfachungsgründen bei größeren Bemessungseinheiten (Monate, Wochen) auf eine Verminderung die-

-
- 2) Wird dagegen an Feiertagen gearbeitet und erhalten die ArbN dafür Freizeitausgleich zu anderer Zeit, so stehen diese Feiertage mangels Arbeitsruhe den sonstigen Arbeitstagen gleich.
 - 3) Insofern liegt es nicht anders, als wenn in die Krankheit Sonntage oder andere arbeitsfreie Tage hineinfallen. Ein Beispiel möge dies verdeutlichen: Ist ein ArbN bei Fünftage-woche von Karfreitag bis Ostermontag erkrankt, so fehlt es an einem Arbeitsausfall und damit auch am Anlaß für eine Gratifikationskürzung. Dauert die Krankheit nun einen Tag länger, so müßte eine Berechnung, die von mehr als einem Fehltag ausginge, als höchst unbillig angesehen werden, da der ArbN zwar 5 Tage krank war, trotzdem aber keine Arbeits-woche, sondern eben nur einen Arbeitstag versäumt hat. Die Folge anderer Verfahrensweise wäre wohl auch, daß die gesamtwirtschaftlich erstrebenswerte Bereitschaft der ArbN, kleinere Unpäßlichkeiten an arbeitsfreien Tagen auszukurieren, weiter geschwächt würde.

ser Zeiten um die darin enthaltenen Feiertage zu verzichten. Bei allen auf Tagen basierenden Ausfallberechnungen ist jedoch die Ermittlung der versäumten eigentlichen Arbeitstage nicht zu umgehen⁴.

- b) Freistellung nach den Hausarbeitstagesgesetzen kommt an Feiertagen nicht in Betracht. Insofern kann hier keine Kollision eintreten; ebenso scheiden bei Betriebsruhe naturgemäß unberechtigtes Fehlen und Verspätung aus. Auch Unmöglichkeit im Sinn des § 14 dieser Arbeit erscheint kaum denkbar; sollte sich ein solcher Fall über mehrere Tage erstrecken, müßte jedenfalls der Feiertag unberücksichtigt bleiben. Ähnliches gilt für staatsbürgerliche Pflichten; soweit sie überhaupt an Feiertagen auftreten, werden sie für den Arbeitsausfall nicht kausal.
- c) Hat ein ArbN einen Arbeitsausfall aus betrieblichen Gründen an sich zu vertreten, so wird dieser Umstand wegen der allgemeinen Arbeitsruhe hier nicht relevant. Dies gilt auch für die ansonsten der Belegschaft zuzurechnenden Fälle des Betriebsrisikos.

Desgleichen wird das im Rahmen der Lohnzahlung auftretende Problem des Zusammentreffens von Feiertagen mit schlechter Witterung⁵ bei der Gratifikation nicht bedeutsam, da wegen des Feiertages - unabhängig von der Wetterlage - ohnehin nicht gearbeitet worden wäre, so daß ein geringerer Erfolgsbeitrag des ArbN in keinem Fall in Betracht kommt.

4) Eine solche Berechnung ist nicht nur für die Gratifikation, sondern auch in anderen Fällen, z.B. nach § 9 BUrlG (bei Erkrankung) für den Erholungsurlaub erforderlich.

5) Z.B. Nikisch, Bd.I, § 29 III 3, S.332; Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 2 a, S.208, FuBn.2.

Bei Kurzarbeit sind mehrere Fallgestaltungen denkbar. Fällt der Feiertag in die arbeitsfreie Zeit, kann er naturgemäß keine Auswirkungen haben; ebenso ist es, wenn zur Vermeidung zusätzlicher Arbeitseinschränkung die verbliebene Arbeitszeit verlegt wurde⁶. Verringert sich dagegen die gekürzte Arbeitszeit wegen des Feiertages nochmals, so entspricht die Situation insoweit der der vollbeschäftigten ArbN; eine weitere Gratifikationskürzung darf deshalb auch hier nicht vorgenommen werden.

2. Für die Ausnahmefälle, in denen bei g e s e t z l i c h g e s c h ü t z t e n F e i e r t a g e n die Gratifikation voll zu zahlen ist⁷, erscheint eine Konkurrenz mit anderen Ausfallursachen kaum denkbar. In Betracht könnten allenfalls die unter 1 c) behandelten betrieblichen Gründe kommen, wobei dann für beide Situationen dasselbe zu gelten hätte.
3. Das Ergebnis ist damit für die Gratifikation genau umgekehrt als bei der Lohnzahlung. Während dort der Feiertag die einzige Ursache für den Arbeitsausfall sein muß⁸, scheidet hier ein Abzug in der Regel schon dann aus, wenn der Feiertag nur mitursächlich wird.

Diese Grundsätze sind allerdings nicht anwendbar, wenn trotz des Feiertags gearbeitet wird. In diesen Fällen ist der Feiertag wie ein normaler Arbeitstag zu behandeln, allerdings mit der Besonderheit, daß ein für die

6) Die Zulässigkeit einer solchen Maßnahme ist allerdings umstritten (siehe z.B. Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 40 III 3 c, S.270 und Nikisch, Bd.I, § 29 III 4 b, S.333 je m.w.Nachw. und Beispielen aus der Rechtsprechung).

7) Siehe § 2 B 2, 3 d-f, S. 22 ff.

8) Z.B. Frey, S.36; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 40 III 3 c, S.269; Nikisch, Bd.I, § 29 III 3, S.331.

Tätigkeit am Feiertag gewährter Freizeitausgleich nicht als gratifikationsmindernde Arbeitsversäumnis bewertet werden darf, da er nichts anderes darstellt als die für die einzelnen ArbN zeitlich verschobene feiertägliche Arbeitsruhe.

II. Erholungsurlaub

Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Werden Fehlzeiten auf den Urlaub ganz oder teilweise angerechnet, wie z.B. manche Arten von Kuren⁹, so treten die anderen Ausfallursachen in diesem Umfang nach außen hin nicht mehr in Erscheinung; es kommt deshalb wie bei "normalem" Urlaub keine Herabsetzung der Gratifikation in Betracht.
2. Im übrigen bleibt der Erholungsurlaub, soweit er nicht auf Grund besonderer Vorschriften gekürzt oder gänzlich gestrichen werden kann¹⁰, von anderen Ausfällen - wie etwa einer Erkrankung - unberührt¹¹. Echte Konkurrenz scheidet somit aus; es handelt sich jeweils entweder um Urlaub oder um eine andere Fehlzeit, für die dann die im I. Kap. entwickelten Grundsätze gelten¹².

9) Siehe § 6 B 2-4, S.42 f.

10) Z.B. bei Wehrdienst (§ 4 ArbPlSchG).

11) Z.B. §§ 9, 10 BUrlG; ausnahmsweise kann allerdings dem Urlaubsverlangen der Einwand des Rechtsmißbrauchs entgegenstehen, so etwa, wenn wegen Erkrankung im ganzen Jahr keine nennenswerte Arbeitsleistung erfolgt ist (vgl. § 5 A 2, S.28).

12) Fällt in den Erholungsurlaub ein gesetzlich geschützter Feiertag, an dem im Betrieb gearbeitet wird, so wird es der Wahl des ArbN vorbehalten bleiben müssen, ob er diesen Tag als Urlaubstag oder als (unbezahlten) Feiertag gewertet haben will (so auch Schnorr von Carolsfeld, Festschr.f.Nipperdey, S.642 f.). Hinsichtlich der Gratifikation ergibt sich daraus jedoch keine Ursachenkonkurrenz, denn je nach der Entscheidung des ArbN ist dieser Tag dann gemäß den Regeln für den Erholungsurlaub bzw. für die gesetzlich geschützten Feiertage zu behandeln. Nur im zweiten Fall kommt damit eine Auswirkung auf die Gratifikation in Betracht.

III. Innerbetriebliche Tätigkeit

Als Ausfallursachen treten diese Betätigungen nur dann in Erscheinung, wenn der ArbN ohne sie seiner ursprünglichen Beschäftigung nachgehen würde, da ja beide Male in gleicher Weise Leistungsfähigkeit und -bereitschaft erforderlich sind. Ein sachliches Zusammentreffen mit anderen Hinderungsgründen kommt daher nicht in Betracht.

IV. Vom Arbeitgeber zu vertretende Krankheit

1. a) Gesetzlich geschützte Feiertage bleiben ohne Auswirkung, da bei Erkrankung eine besondere Freistellung des ArbN nicht mehr in Betracht kommt. Ebenso liegt es hinsichtlich des Hausarbeitstages. Auch eine Kurbehandlung kann nur bedeutsam werden, wenn der ArbN nicht ohnehin arbeitsunfähig ist. Dies gilt in gleicher Weise für staatsbürgerliche Pflichten, Unmöglichkeit, unberechtigtes Fehlen und Unpünktlichkeit, die mangels Arbeitspflicht ebensowenig relevant werden.
- b) Fällt eine solche Krankheit dagegen mit einem zwingenden Beschäftigungsverbot nach dem MuSchG zusammen, wird dieses vorzugehen haben, da es die Arbeitnehmerin unabhängig von der Krankheit an der Mitarbeit gehindert hätte und eine Besserstellung wegen des Hinzukommens der Krankheit nicht notwendig erscheint.
- c) Aktive Streikteilnahme ist auch bei Krankheit möglich (z.B. Verfassen und Verteilen von Flugblättern¹³⁾). Betätigt sich der Kranke aber wie ein gesunder Streikender, so muß er sich mit diesem gleichbehandeln lassen.

13) Z.B. Brox-Rüthers, § 9 III 4, S.167.

sen¹⁴. Es besteht dann kein Bedürfnis, ihn wegen seiner Krankheit von einer Kürzung der Gratifikation auszunehmen.

Von den genannten Fällen abgesehen, wird allerdings eine Gratifikationsminderung wegen Streiks kaum in Frage kommen, da im allgemeinen Anhaltspunkte dafür fehlen werden, ob sich der ArbN ohne die Krankheit am Streik beteiligt hätte. Zur Vermeidung ungerechtfertigter Nachteile wird man dazu aber eindeutige Feststellungen verlangen müssen.

Leichter werden sich dagegen die mittelbaren Folgen eines Arbeitskampfes rekonstruieren lassen, da sie von objektiven Umständen abhängen. Hätte daher der ArbN wegen eines Teilstreiks nicht beschäftigt werden können, braucht ihm die Krankheit keinen Vorteil zu bringen, sondern auch seine Gratifikation darf entsprechend dem fiktiven arbeitskampfbedingten Ausfall gekürzt werden.

- d) Da beim Wehrdienst - abgesehen von den Kurzübungen nach § 11 ArbPlSchG - das Arbeitsverhältnis ruht, kann auch eine in diese Zeit hineinreichende Krankheit an den Auswirkungen auf die Gratifikation nichts ändern.
- e) Urlaub aus persönlichen Gründen in Form der Arbeitsbefreiung an einzelnen Tagen für Familienfeiern u.dgl. wird bei Krankheit nicht anfallen.

In Betracht kommt dagegen ein Zusammentreffen mit längerer Freistellung (z.B. für Fortbildungszwecke oder zur Ausübung politischer Mandate); derartige lang-

14) Ebenso z.B. Brox-Rüthers, § 13 II 2, S.235.

fristige und zeitlich fixierte Beurlaubungen werden vorzugehen haben, da sie auch ohne die Krankheit erfolgt wären.

Problematischer ist das Konkurrenzverhältnis zu Beurlaubungen von mittlerer Dauer, also etwa für Reisen über den Erholungsurlaub hinaus, zur Wahlvorbereitung, für Jugendleiterlehrgänge und ähnliche Zwecke. Hier wäre es denkbar, daß bei Erkrankung vor Beginn des bereits vereinbarten Urlaubs dieser für die Dauer der Krankheit nicht angetreten wird¹⁵, zumal eine derartige Umdisposition bei vom ArbGeb zu vertretender Krankheit auch nicht unbillig erscheint; insoweit müßte dann eine Gratifikationskürzung ausscheiden. Bei Erkrankungen, die erst während eines solchen Urlaubs auftreten, dürfte diese Möglichkeit dagegen nicht bestehen.

- f) Trifft eine solche Krankheit mit einer vom ArbN zu vertretenden betrieblichen Ursache zusammen, müßte in Anbetracht der Vorwerfbarkeit gegenüber beiden Seiten § 254 BGB analog anzuwenden sein¹⁶. Die sonst im Rahmen dieser Vorschrift häufige Quotenbildung würde allerdings die Berechnung allzu sehr komplizieren; richtiger dürfte es deshalb sein, das schwerer wiegende Verschulden über das Ergebnis entscheiden

15) Ähnlich wohl LAG Berlin, DB 1960, 727; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 44 III 1 b, S.337, Fußn.62a; Nikisch, Bd.I, § 39 I 5, S.525, Fußn.31. Tritt der ArbN allerdings den Urlaub trotzdem an, müßte dieser dagegen Vorrang haben, da dann der ArbN selbst der Krankheit die Kausalität wieder nimmt.

16) Zur Frage des Lohnes in solchen Fällen vgl. Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 5 c, S.223.

zu lassen. Sind beide Ursachen gleichwertig, sollte hier die Gestaltungsfreiheit den Ausschlag geben und dem ArbGeb die Möglichkeit einräumen, die Gratifikation zu kürzen¹⁷.

g) Bei Kurzarbeit kann der Kranke mit den übrigen ArbN gleichbehandelt werden, da er nicht wegen seiner Krankheit besser gestellt zu werden braucht, als wenn er gearbeitet hätte¹⁸.

2. Soweit also überhaupt eine echte Konkurrenz mit anderen Ausfallursachen möglich ist, gehen diese vor; eine Besonderheit zeigt sich lediglich beim Zusammentreffen mit betrieblichen Hinderungsgründen, wenn dadurch beiderseitiges Verschulden konkurriert. Dieses Ergebnis rechtfertigt sich auch aus der Überlegung heraus, daß der ArbN nur vor den Nachteilen geschützt werden muß, die das vorwerfbare Verhalten des ArbGeb zur Folge hat; Vorteile brauchen dagegen aus dieser Regelung nicht zu entstehen.

V. Mutterschutz (Stillzeit, ärztliche Untersuchungen)

Der Freizeitanspruch der Arbeitnehmerin wurde vom Gesetzgeber auf die Fälle beschränkt, in denen das Stillen bzw. die Untersuchung gerade während der Arbeitszeit notwendig ist¹⁹. Nur dann wird die Fortsetzung der Arbeitsleistung fingiert,

17) Der Vorrang der Gestaltungsfreiheit beim Zusammentreffen von zwei gleichwertigen Ursachen aus dem persönlichen und betrieblichen Bereich erscheint deshalb berechtigt, weil bei einer freiwilligen Zuwendung, die an sich gar nicht gewährt zu werden brauchte, für eine Leistungspflicht strenge Voraussetzungen notwendig sind. Für das gegenteilige Ergebnis, wenn eine der Ursachen dem ArbGeb, die andere dem ArbN zuzurechnen ist, aber doch beide im betrieblichen Bereich liegen, vgl. S. 155.

18) Ebenso für den Lohn bei Arbeitsstreckung z.B. Hueck-Nirperday, Bd. I, § 68 VII: 5 f, S. 705.

19) §§ 7, 16 MuSchG.

während ein Ausgleich der ansonsten für diesen Zweck aufgewendeten Zeit dagegen ausgeschlossen ist. Steht der Arbeitsleistung aber bereits ein Hindernis entgegen, fehlt es an dem Bedürfnis, die Arbeitnehmerin für den privilegierten Zweck von der Arbeit freizustellen. Die §§ 7, 16 MuSchG, die insoweit als subsidiär aufzufassen sind, greifen dann nicht ein, und die Gratifikation richtet sich allein nach dem anderen Hinderungsgrund.

VI. Jugendschutz

1. Berufsschule (§ 13 JArbSchG)

- a) Echte Konkurrenz ist nur mit wenigen Ausfallursachen denkbar, etwa mit Kurzarbeit oder Arbeitskampf²⁰, weil persönliche Hinderungsgründe, wie z.B. Krankheit oder Ladung vor Gericht, im allgemeinen auch dem Schulbesuch entgegenstehen werden.

Die Anrechnungsvorschrift des § 13 Abs.2 JArbSchG soll vor allem die Überanstrengung des Jugendlichen verhindern und bewirkt in Verbindung mit Abs.3 die Gleichstellung mit der Arbeitsleistung im Betrieb. Ist hierin auch die Absicht des Gesetzgebers zu sehen, finanzielle Nachteile infolge des Berufsschulbesuchs auszuschließen, so erscheint eine Bevorzugung doch ebensowenig angebracht, jedenfalls im Bereich der Gratifikation.

- b) Findet daher bei Kurzarbeit der Unterricht an arbeitsfreien Tagen statt und ist mangels Erreichens der

20) Ob Lehrlingen das Streikrecht zusteht und sie demgemäß auch ausgesperrt werden dürfen, ist umstritten (dafür Schnorr von Carolsfeld, Die rechtlichen Grundsätze des Lehrlingsproblems, RdA 1959, 206 (B VI 5); a.A. z.B. Brox-Rüthers, § 9 III 6, S.169 m.w.Nachw.). Da das JArbSchG jedoch nicht nur Lehrlinge betrifft, kann die Frage des Arbeitskampfes auf jeden Fall Bedeutung gewinnen.

höchstzulässigen Wochenarbeitszeit durch Arbeit und Schule eine Anrechnung nicht oder nur teilweise erforderlich²¹, so braucht der Jugendliche bei der Gratifikation deswegen nicht besonders bedacht zu werden, auch wenn die Summe seiner Arbeits- und Schulzeit höher liegt als die für die anderen ArbN gegenwärtig geltende Arbeitszeit. Unabhängig von der in diesem Fall umstrittenen Frage des Arbeitsentgelts²² dürfte nämlich der Gestaltungsspielraum des ArbGeb durch die Zahlung einer gleich hohen Gratifikation nicht überschritten sein, da es durchaus einleuchtend ist und deshalb nicht als willkürlich bezeichnet werden kann, wenn ein Jugendlicher in einer solchen Situation nicht besser gestellt wird als die übrigen ArbN.

- c) Ähnliches gilt bei Arbeitskämpfen. Die öffentlich-rechtliche Berufsschulpflicht wird hierdurch nicht betroffen, andererseits entfällt auch die Notwendigkeit besonderer Arbeitsbefreiung. Es kann somit dem ArbGeb auch hier nicht zugemutet werden, den Schulbesuch mit einer freiwilligen Zuwendung besonders zu honorieren, während eine echte Arbeitsleistung überhaupt nicht erbracht wird.

2. Die Lage bei den U n t e r s u c h u n g e n im Rahmen des § 49 JArbSchG ist die gleiche wie bei denen nach § 16 MuSchG. Es kann daher auf die Ausführungen unter V (S.144) verwiesen werden.

21) So Thumser, § 13 JArbSchG, Erl. Nr.6; Schulte Langforth-Welzel, § 13 JArbSchG, Rdnr.26

22) Für Bezahlung der durch den Berufsschulbesuch veranlaßten zusätzlichen Arbeitsstunden z.B. RAG ARS 41, 97; Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 3 e, S.217; Thumser, JArbSchG, § 13, Erl. Nr.8. A.A. BAG AP Nr.1 zu § 13 JArbSchG (zust. Anm. G. Hueck); Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 88 IV 1 f, S.847, FuBn.42; Schulte Langforth-Welzel, JArbSchG, § 13, Anm.39.

VII. Rechtswidrige Aussperrung

1. a) Arbeitsbefreiung wegen gesetzlich geschützter Feiertage kommt bei Aussperrung nicht in Betracht, ebensowenig der Anspruch auf den Hausarbeitstag. Auch das Ruhen des Arbeitsverhältnisses bei Wehrdienst schließt ein Konkurrenzverhältnis aus.
- b) Ist der ArbN krank, so kann schon aus diesem Grund seine Gratifikation gekürzt werden. Kommt rechtswidrige Aussperrung hinzu, braucht deswegen nun nicht Arbeitsleistung fingiert zu werden, denn diese Aussperrung darf dem ArbN zwar keine Nachteile bringen, ändert aber nichts daran, daß er wegen seiner Krankheit ohnehin dem Betrieb ferngeblieben wäre; für den Arbeitsausfall wird sie damit nicht kausal. Es besteht demnach kein Grund, die Gratifikationskürzung nicht trotzdem zuzulassen. Die gleichen Folgerungen werden für Kuraufenthalte und Fehlzeiten wegen Schwangerschaft zu ziehen sein.
- c) Staatsbürgerliche Pflichten können auch während des Arbeitskampfes auftreten. Da bei rechtswidriger Aussperrung Lohnzahlungspflicht besteht, werden die Ersatzleistungen für Verdienstaufschlag ebenfalls fällig, die als abschließende Regelung eine Gratifikationsverpflichtung des ArbGeb nicht vorschreiben. Damit führt die rechtswidrige Aussperrung hier ebenfalls zu keiner Änderung.
- d) Persönlicher Urlaub für einzelne Tage wird während der Aussperrung nicht in Betracht kommen, längerer Urlaub muß wie Krankheit Vorrang haben.

Fälle der sonstigen Unmöglichkeit lassen sich ohne Arbeitspflicht kaum konstruieren, allenfalls in der

Form, daß eine solche Kampfmaßnahme an einem Tag begänne, an dem der ArbN wegen Unmöglichkeit fehlt. Auch hier besteht dann kein Grund, ihn besser zu stellen.

Für unberechtigtes Fehlen und Unpünktlichkeit gilt nichts anderes, soweit Konkurrenz überhaupt denkbar ist.

- e) Bei den betrieblichen Ausfallursachen kann für die Kampfmaßnahmen der Arbeitnehmerseite auf die Ausführungen unter § 10 A 3, S.70 verwiesen werden. Vorwerfbares Verhalten einzelner (z.B. Maschinenbeschädigung) wird durch Hinzutreten der Aussperrung in seinem Charakter nicht geändert.

Auch eine Minderung der Gratifikation wegen Kurzarbeit braucht wegen hinzukommender rechtswidriger Aussperrung nicht aufgehoben zu werden.

2. Als Ergebnis zeigt sich somit, daß rechtswidrige Aussperrung in ihrer Wirkung hinter den in der Person des ArbN liegenden Ausfallursachen zurücktritt, soweit ein Konkurrenzverhältnis überhaupt in Frage kommt. Dies erscheint verständlich und berechtigt, da ein besonderes Schutzbedürfnis des ArbN nur für solche Nachteile anzuerkennen ist, die allein von der rechtswidrigen Aussperrung herühren.

VIII. Wehrdienst und ähnliche Verpflichtungen

1. Übungen bis zu 3 Tagen (§ 11 ArbPlSchG)

Die für Reservisten vorgesehenen Kurzübungen sollen die dazu einberufenen ArbN möglichst wenig dem Arbeitsprozeß entziehen²³. Soweit ein Arbeitsausfall aber unvermeidbar

23) Sahmer, ArbPlSchG, Rdnr.111f..

ist, verhindert § 11 I S.1 ArbPlSchG finanzielle Nachteile.

Diese Konzeption des Gesetzgebers zeigt, daß § 11 ArbPlSchG nur hilfsweise eingreifen und lediglich die durch die Wehrübung speziell hervorgerufenen Arbeitsunterbrechungen erfassen soll. Gegenüber Fehlzeiten aus anderen Gründen ist er dagegen subsidiär.

2. Meldung bei den Erfassungs- und Wehersatzbehörden (§ 14 ArbPlSchG)

Diese Bestimmung dürfte ebenso als eng auszulegende Schutzvorschrift zu bewerten sein, die den ArbN vor den Nachteilen bewahren will, die durch Arbeitsversäumnis gerade wegen behördlich angeordneter persönlicher Meldung oder Vorstellung entstehen könnten. Ist die Arbeitsleistung jedoch schon aus anderen Gründen unmöglich, besteht für ein Eingreifen des § 14 ArbPlSchG kein Bedürfnis²⁴.

3. Ausbildungsveranstaltungen im Luftschutz

Auch § 13 Abs.1 ZBG stellt eine Ausnahmenvorschrift dar, die nur die allein durch Ausbildungsveranstaltungen bedingte Abwesenheit vom Betrieb betrifft, so daß ein Zusammentreffen mit anderen Ausfallursachen ausscheidet.

IX. Mitwirkung bei Wahlen (Art.32 LWG)

Diese Bestimmung ist gleichfalls als subsidiär anzusehen; auch hier treten daher keine Konkurrenzprobleme auf.

X. Sonderurlaub

1. Kurze Arbeitsbefreiungen für Familienfeiern und ähnliche Anlässe kommen nur dann in Betracht, wenn keine anderen Arbeitshindernisse vorliegen.

24) So auch Sahmer, ArbPlSchG, Rdnr.113c.

2. Längere Beurlaubungen unter Weiterzahlung des Arbeitsentgelts (z.B. zwecks beruflicher Fortbildung)

Solche Vereinbarungen werden mangels gegenteiliger Bestimmungen dahin auszulegen sein, daß eine Gleichbehandlung mit Arbeitsleistung im Betrieb nur insoweit erfolgen soll, als auch der Beurlaubungszweck erfüllt wird. Stehen diesem jedoch bereits andere Gründe (z.B. eine Erkrankung) entgegen, müßten sie Vorrang haben, da nicht ersichtlich ist, warum ein beurlaubter ArbN in diesem Fall besser zu stellen wäre, als wenn er weiterhin im Betrieb gearbeitet hätte.

XI. Vom Arbeitgeber zu vertretende Unmöglichkeit

Für diesen Fall gelten die unter IV (Krankheit) entwickelten Regeln entsprechend (siehe S. 141 ff.).

XII. Vom Arbeitgeber zu vertretende Unpünktlichkeit

Derartiger kurzer Arbeitsausfall wird naturgemäß mit den übrigen Gruppen, die ja längere Fehlzeiten voraussetzen, nicht konkurrieren. In Betracht kommt lediglich ein Zusammentreffen mit anderen Verspätungsursachen; insofern läge dann die gleiche Situation vor wie bei längerer Arbeitsversäumnis, so daß auch hier auf die Ausführungen zum Fall der vom ArbGeb verschuldeten Krankheit (IV, S.141) verwiesen werden kann.

XIII. Ursachen im Bereich des Arbeitgebers

1. Annahmeyerzug

Voraussetzung dafür ist das Angebot der Arbeitsleistung. Kann der ArbN schon aus einem in seiner Person liegenden Grund nicht arbeiten (z.B. wegen Krankheit), entfällt mit

dem Leistungsangebot auch der Annahmeverzug²⁵. Über die Frage, ob die Gratifikation trotzdem voll zu zahlen ist, entscheidet dann der Charakter der hinzutretenden Ausfallursache.

2. Betriebliche Gründe, soweit sie nicht dem Arbeitnehmer anzulasten sind

- a) Diese Gruppe enthält eine besondere Schwierigkeit.

Häufig wird ein derartiger Hinderungsgrund nicht einem oder einzelnen ArbN, sondern das ganze Unternehmen betreffen; dann aber verliert der Hauptgedanke, der einem solchen nach der Anwesenheit ausgerichteten Gratifikation zugrunde liegt, daß nämlich die unterschiedliche Mitwirkung am betrieblichen Erfolg angemessen berücksichtigt werden soll, praktisch seine Realisierbarkeit. Denn in einem stillgelegten Betrieb entfällt ja auch jeder Erfolg, zu dem der ArbN beitragen könnte.

Soll nun aber für einen ArbN, der nicht arbeiten kann oder will, die Entscheidung darüber, ob und in welcher Höhe er trotzdem eine Gratifikation erhält, davon abhängen, welches Ausmaß ein betriebliches Hindernis hat? Darf dessen quantitativer Umfang die qualitative Bewertung der in der Person des ArbN liegenden Ausfallursache beeinflussen?

25) Wird hinsichtlich des Arbeitsentgelts teilweise die Ansicht vertreten, aus dem "sozialen Gesichtspunkt des Arbeitsrechts" heraus müsse der Annahmeverzug vorgehen, so daß der ArbN den Lohnanspruch behalte (Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 1 a, S.206; a.A. z.B. Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 44 II 3 c, S.328), so erscheint diese Überlegung bei der Gratifikation nicht zwingend; da hier die Existenz des ArbN wesentlich weniger berührt wird, braucht sein sozialer Schutz und damit auch die Bindung des ArbGeb nicht so weit ausgedehnt zu werden, wie das für das reine Entgelt erforderlich sein mag.

In einer solchen Situation dürfte es richtiger sein, das Prinzip des realen Erfolgsbeitrags aufzulockern und von dem fiktiven Ergebnis auszugehen, das ohne die Stilllegung des Betriebes oder der Abteilung erzielt worden wäre²⁶. Das besagt nicht, daß damit die aus dem Unternehmen kommenden Hinderungsgründe außer Betracht zu lassen wären, sondern bedeutet nur, daß bei Abwägung der zusammentreffenden Ausfallursachen kein Unterschied danach gemacht wird, ob der betriebliche Umstand den ArbN allein oder außer ihm auch noch eine mehr oder weniger große Anzahl anderer Beschäftigter betrifft. Dies erscheint schon deshalb notwendig, da andernfalls das kaum angebrachte Ergebnis einträte, daß bei einem Großbrand mit erheblicher Produktionsverminderung die Gratifikation Kranker nur wenig oder gar nicht betroffen würde, während sie bei einer kleineren Betriebsstörung, die die Gesamtproduktion kaum beeinflusste, stark gekürzt werden könnte.

Im folgenden wird daher der quantitative Faktor außer acht gelassen und allein nach dem qualitativen Gewicht der Ursache gewertet.

- b) Ist der ArbN krank, so kann er nicht arbeiten, und zwar unabhängig davon, ob ein etwa gleichzeitig auftretendes betriebliches Hindernis vom ArbGeb verschuldet ist oder nicht, ob es nur seinen Arbeitsplatz betrifft oder einen größeren Bereich. Wenn es gerechtfertigt ist, krankheitsbedingten Arbeitsausfall des ArbN gratifikationsmindernd zu berücksichtigen - was bei der Einzelprüfung bejaht wurde -, so dürfte auch das Hinzukommen eines betrieblichen Umstandes daran nichts ändern.

26) Ein solches Verfahren ist auch in anderen Fällen notwendig, z.B. im Arbeitskampf (s. § 10, S.⁶⁵) oder bei Kurzarbeit (s. § 16, S.132).

Hier müßte der Gesichtspunkt zum Tragen kommen, daß auch die neben dem eigentlichen Entgelt gezahlten freiwilligen Sonderzuwendungen gerade für die Arbeitsleistung der Belegschaft gewährt werden und daher auch von ihr nicht völlig zu trennen sind. Eine Abweichung von diesem Grundsatz kann zwar dann erforderlich sein, wenn der ArbN zur Leistung bereit ist, der ArbGeb jedoch durch eigene Schuld oder aus in seinem Risikobereich liegenden Gründen an ihrer Verwertung gehindert wird; fehlt es dagegen schon an der Arbeitsfähigkeit des Beschäftigten, besteht für eine derartige Ausnahmeregelung kein Bedürfnis. Die betrieblichen Hinderungsgründe haben dann keine praktischen Auswirkungen, wobei die Frage der Priorität ohne Bedeutung sein dürfte.

Die gleichen Grundsätze werden für Ausfälle zu gelten haben, die auf Kurbehandlung, Schwangerschaft, Arbeitskampf und Wehrdienst beruhen.

- c) Wenn der ArbN aus betrieblichen Gründen nicht zu arbeiten braucht, besteht für besondere Freistellung an gesetzlich geschützten Feiertagen im allgemeinen kein Anlaß. Hat er allerdings Beurlaubung verlangt und erscheint daraufhin nicht am Arbeitsplatz, so dürfte er antragsgemäß zu behandeln sein, auch wenn eine nachträglich aufgetretene Betriebsstörung seiner Arbeitsleistung entgegengestanden hätte. Dies erscheint deshalb berechtigt, weil seine Entscheidung ja bereits unabhängig von dem betrieblichen Hindernis gefallen war, das so für ihn keine Bedeutung mehr erlangen konnte.

Hausarbeitstage fallen während derartiger Arbeitsunterbrechungen nicht an.

d) Für die Wahrnehmung staatsbürgerlicher Pflichten erhält der ArbN in bestimmtem Umfang Entschädigungsleistungen. Da bei betrieblichen Hinderungsgründen Lohn bzw. Gehalt fortzuzahlen sind, dürfte auch hier - wie bei einem Arbeitsausfall allein wegen solcher ehrenamtlichen Tätigkeit - an die Stelle des Arbeitsentgelts die dafür vorgesehene Entschädigung treten. Die Gratifikation kann daher in gleicher Weise (unabhängig von den betrieblichen Besonderheiten) um die Ausfallzeit gemindert werden.

e) Für den Sonderurlaub wird nach dessen Dauer zu unterscheiden sein:

Bei längerer und zeitlich fixierter Beurlaubung (politische Tätigkeit, Fortbildung) gelten die Ausführungen zu b) (Krankheit) entsprechend.

Urlaub für einzelne Tage wird dagegen kaum in Betracht kommen, wenn ohnehin im Betrieb nicht gearbeitet werden kann. Bei vorheriger zeitlicher Festlegung (etwa des besonderen Jugendleiterurlaubs) braucht allerdings ein später hinzutretendes betriebliches Hindernis nichts mehr daran zu ändern, daß solche Zeiten bei der Gratifikation abgezogen werden können.

f) Ebenso verhält es sich bei den sonstigen Fällen der Unmöglichkeit. Sind sie vom ArbN verschuldet, steht diesem ohnehin kein Schutz zu. Aber auch bei von ihm nicht zu vertretenden Ursachen (z.B. Verkehrsmittelausfall) werden diese ihm zuzurechnenden Umstände Vorrang haben müssen, da sie den betrieblichen Hinderungsgrund nicht relevant werden lassen.

Dieses Ergebnis wird auch für unberechtigtes Fehlen und Unpünktlichkeit zu gelten haben.

- g) Anders ist es dagegen, wenn beide Ursachen aus dem betrieblichen Bereich kommen, wenn also z.B. ein Streik andere auf Zulieferung angewiesene Abteilungen lahmlegt, während außerdem noch die Stromversorgung ausfällt.

Hier wird die Lösung in der entsprechenden Anwendung des § 254 BGB zu suchen sein, wobei im Rahmen der qualitativen Gewichtigkeit (allgemeines Risiko, leichte, grobe Fahrlässigkeit, Vorsatz) jeweils die schwerwiegendere Ursache darüber entscheiden müßte, ob die Gratifikation voll zu zahlen ist oder nicht²⁷. Bei Gleichwertigkeit dürfte hier der Gedanke den Ausschlag geben, daß betriebliche Gründe regelmäßig in den Gefahrenbereich des ArbGeb gehören und daher ihm anzu-lasten sind; in diesem Fall scheidet also eine Kürzung der Gratifikation aus²⁸.

- h) Trifft ein betriebliches Hindernis mit Kurzarbeit zusammen, so wird es insoweit nicht bedeutsam, als der Umfang der eingeschränkten Arbeit erhalten bleibt; auch eine deswegen notwendige Verlegung der Arbeitszeit²⁹ dürfte daran nichts ändern. Ist dagegen eine weitere Verkürzung oder gar vorübergehende Betriebsruhe die Folge; muß die das bisherige Maß übersteigende Verringerung der Arbeit dem Unternehmer zur Last fallen. Eine nochmalige Herabsetzung der Gratifikation kommt daher nicht in Betracht.

27) Eine quotenmäßige Kürzung bei beiderseitigem, verschieden schwerem Verschulden dürfte allerdings unnötig kompliziert sein; der gewichtigere Umstand sollte allein entscheiden (s. S.143).

28) Zum umgekehrten Ergebnis, wenn eine der beiden Ursachen im persönlichen Bereich liegt, s. S. 144 Zur Frage des Entgelts in ähnlichen Fällen vgl. Schnorr von Carolsfeld, § 7 B VII 4 b⁴, S.221 und 5 c, S.223.

29) Vgl. Fußn.6, S.139.

3. Zu Unrecht eingeführte Kurzarbeit

Folge dieses Handelns ist, daß der ArbGeb in Annahmeverzug gerät. Es kann daher auf die Ausführungen unter 1 (S.150) verwiesen werden.

4. Ergebnis

Die in der Person des ArbN liegenden Ausfallursachen gehen vor, soweit sie wesensmäßig mit betrieblichen Hinderungsgründen überhaupt zusammentreffen können.

Mehrere Ursachen im Unternehmensbereich müssen analog § 254 BGB gegeneinander abgewogen werden; bei Gleichwertigkeit wird aus dem Gedanken des Betriebsrisikos heraus die Gratifikation voll zu gewähren sein.

III. Kapitel:

§ 18 Folgerungen

A. Einzelursachen

Die bisherigen Untersuchungen haben gezeigt, daß Arbeitsausfälle zwar im Prinzip zur Bemessung der Gratifikation herangezogen werden können, daß aber auch zahlreiche Ausnahmen diesem Grundsatz gegenüberstehen. Versucht man nun die Fehlzeiten, bei denen die Gratifikation ungekürzt zu zahlen ist, zu systematisieren, lassen sich folgende Gruppen bilden:

1. Normierte Ausfallregelungen, die eine gesetzliche Interessenabwägung zugunsten des ArbN darstellen:

- a) Ausfälle, die als fester Bestandteil in das Arbeitsverhältnis mit einbezogen sind (Erholungsurlaub) oder wegen gesetzlich vorgeschriebener allgemeiner Arbeitsruhe entstehen (gesetzliche Feiertage);

- b) kürzere Arbeitsunterbrechungen, die vorwiegend aus Gründen des Allgemeininteresses angeordnet sind, und zwar unabhängig davon, ob das Interesse des ArbN dabei gleichgelagert ist (Stillzeiten, Untersuchungen im Rahmen der Mutterschaftshilfe und des Jugendarbeitsschutzgesetzes, kurze Wehrübungen, Meldung bei Erfassungs- und Wehersatzbehörden, Ausbildung im Luftschutz, sowie zum Teil die Mitwirkung bei Wahlen);
 - c) Ausübung anderer Tätigkeiten, die im betrieblichen Interesse liegen und auch dem ArbGeb zugute kommen (Wahrnehmung innerbetrieblicher Ämter, Berufsschulbesuch).
2. Vorwerfbares Verhalten des ArbGeb, das es ihm verbietet, sich auf die dadurch herbeigeführte Abwesenheit des ArbN zu berufen (z.B. bei Krankheit oder sonstigen Fällen der Unmöglichkeit sowie bei rechtswidriger Aussperrung).
 3. Arbeitsausfälle im Risikobereich des ArbGeb (Annahmeverzug, Wirtschaftsrisiko, Betriebsrisiko).
 4. Entsprechende Vereinbarungen beider Seiten, die auch schlüssig erfolgen können (z.B. Maßregelungsverbot, Einzelfälle des Sonderurlaubs und kirchlicher Feiertage).

B. Zusammentreffen mehrerer Ursachen

Nach ihrem Konkurrenzverhalten können die Hinderungsgründe, die einzeln einer Gratifikationskürzung nicht zugänglich sind, im wesentlichen in folgende Hauptkategorien eingeteilt werden, auch wenn damit - wegen der Verschiedenartigkeit der auftretenden Kombinationen - nicht alle denkbaren Nuancen genau zu erfassen sind:

1. Dominante Ausfallursachen

Dabei handelt es sich um eine absolute Einschränkung der gesetzlichen Arbeitspflicht, die auch dann zu keiner Verdiensteinbuße führt, wenn andere Hinderungsgründe hinzukommen. Hierzu gehören der Erholungsurlaub sowie im allgemeinen die gesetzlichen Feiertage. Ein besonderes Merkmal dieser Ursachen liegt darin, daß sie die gesamte Arbeitnehmerschaft betreffen, in ihrem Umfang vorher bekannt und deshalb geschäftlich einkalkulierbar sind.

2. Rezessive Ausfallursachen

Damit sind die Fälle gemeint, in denen die ArbN zwar für bestimmte Hinderungsgründe, aber eben nur für diese allein, so zu behandeln sind, als hätten sie gearbeitet. Meist handelt es sich dabei um ein Verschulden des Unternehmers, das es ihm verbietet, sich auf die dadurch hervorgerufene Arbeitsversäumnis der Beschäftigten zu berufen. Für eine solche Einschränkung der Gestaltungsfreiheit des ArbGeb besteht jedoch kein Anlaß, wenn die Arbeit schon aus anderen Gründen ausfallen mußte. Hinderungsgründe im persönlichen Bereich der ArbN gehen vor, während mit Ursachen aus dem betrieblichen Bereich im allgemeinen eine graduelle Abwägung zu erfolgen hat. Hierunter fallen im wesentlichen die vom ArbGeb zu vertretenen Fälle von Krankheit, sonstiger Unmöglichkeit und Unpünktlichkeit; daneben Berufsschulzeiten, rechtswidrige Aussperrung, unberechtigte Kurzarbeit, in der Regel längerer Sonderurlaub sowie ein Teil der betrieblichen Gründe.

3. Subsidiäre Ausfallursachen

Sie treten überhaupt nur in Erscheinung, wenn ein Arbeitsausfall gerade und allein ihretwegen unumgänglich ist;

lediglich für diesen Fall will der Gesetzgeber einen Nachteil des ArbN ausschließen. Beispiele hierfür sind etwa innerbetriebliche Tätigkeiten, Stillzeiten, Untersuchungen im Mutter- und Jugendschutz, kurze Wehr- und Luftschutzübungen, Wehrrfassung, Mitwirkung bei Wahlen, kurzer Sonderurlaub und Annahmeverzug.

D r i t t e r T e i l :

Möglichkeiten der Ausgestaltung

§ 19 Besonderheiten

1. Soweit im zweiten Teil festgestellt wurde, daß bestimmte Ausfallzeiten gratifikationsmindernd herangezogen werden können, bedeutet dies nicht, daß der ArbGeb von dieser Möglichkeit auch Gebrauch machen müßte. Damit sollte lediglich der ihm zur Verfügung stehende Gestaltungsspielraum aufgezeigt werden, in dessen Grenzen er sich frei bewegen kann, soweit er dabei nicht gegen allgemeine Rechtsprinzipien verstößt. Von diesen ist hier besonders der Gleichbehandlungsgrundsatz¹ zu beachten, der jedoch eine aus vernünftigen Gründen getroffene Unterscheidung nicht verbietet.

Es wird daher zulässig sein, daß ein ArbGeb nicht alle in Betracht kommenden Fehlzeiten auch tatsächlich berücksichtigt, sondern nur den Teil herausgreift, der ihm zur Steigerung der Arbeitsproduktivität erfolgversprechend erscheint. Voraussetzung ist lediglich, daß sich für diese

1) Siehe § 1, S. 14 f.

Differenzierung überhaupt sachliche Gesichtspunkte finden lassen; nicht erforderlich ist es dagegen, daß sich die gewählte Lösung als die zweckmäßigste und sozial wünschenswerteste erweist².

2. Die Koppelung mit der regelmäßigen Anwesenheit im Betrieb ist allerdings kein so allgemein gebräuchliches und damit offen zutage liegendes Gratifikationsmerkmal, wie etwa der Ausdruck der Anerkennung für geleistete Dienste³. Man wird daher verlangen müssen, daß der ArbGeb seinen Entschluß, die Gratifikation nach den Ausfällen zu bemessen, der Belegschaft erkennbar macht⁴.

Welche Anforderungen an die Mitteilung zu stellen sind, ist allerdings problematisch:

- a) Wird die Gratifikation vor der Auszahlung besonders angekündigt, werden derartige Besonderheiten in die Bekanntmachung aufzunehmen sein. Eine solche Verpflichtung dürfte schon aus der Fürsorgepflicht des ArbGeb abzuleiten sein. Daneben ist zu beachten, daß mit der Ankündigung für das laufende Jahr ein Anspruch erwächst⁵ - auch bei an sich freiwilliger Gratifikation. Fehlt es nun an einem Hinweis auf diese besondere

2) Vgl. § 1, S.15 f.

3) Zur Frage der Anforderungen an die Bestimmung des Gratifikationszwecks s. BAG AP Nr.1 (II) zu § 611 BGB Gratifikation mit zust. Anm. A. Hueck.

4) Z.B. Haberkorn, S.27; Hohn, S.22.

5) BAG AP Nr.21 (III 2), 34 (II 1), 37 zu § 611 BGB Gratifikation; Haberkorn, S.18; Hohn, S.15.

Gestaltung, wird sich der ArbGeb deshalb an die gemeinhin üblichen, traditionellen Verteilungsgrundsätze zu halten haben, ohne dabei die Ausfallzeiten berücksichtigen zu können⁶.

- b) Nicht immer geht der Gratifikation aber eigens eine Ankündigung voraus; das Angebot des ArbGeb kann auch gleichzeitig mit der Auszahlung, mangels besonderer Formvorschriften sogar schlüssig durch sie erfolgen⁷. Vom ArbGeb geplante besondere Modalitäten dürften hieran nichts ändern. Wenn es ihm schon überlassen bleibt, ob er eine derartige Sonderleistung überhaupt erbringen will, muß er auch über ihre Bedingungen frei entscheiden können, solange ihm nicht der Vorwurf der Willkür zu machen ist⁸. Die Art der Bekanntgabe sollte davon keine Ausnahme machen.

Diese Grundsätze dürften bei Neueinführung einer Gratifikation unproblematisch sein. Änderungen könnten sich höchstens ergeben, wenn eine bisher in traditioneller Form ausgestaltete Gratifikation umgewandelt und nach der Anwesenheit ausgerichtet werden soll - falls dabei nämlich ein schutzwürdiges Vertrauen der ArbN zu beachten wäre.

Ebenso wie der Vorbehalt der Freiwilligkeit dem ArbGeb in jedem Jahr die völlige Streichung der Gratifikation ermöglicht, kann aber auch für deren einzelne Voraussetzungen keine Bindung anerkannt werden, zumal es eine Verpflichtung zur "Gleichbehandlung in der Zeit"

6) Eine Ausnahme wird nur dann zu gelten haben, wenn wegen des Umfanges der Abwesenheit das Gratifikationsverlangen als rechtsmißbräuchlich zu bewerten ist; s. hierzu etwa § 5 A 2, S.28.

7) So z.B. der der Entscheidung des BAG vom 29.6.1954 (AP Nr.1 zu § 611 BGB Gratifikation) zugrunde liegende Sachverhalt.

8) Vgl. § 1, S.14 , Fußn.33.

nicht gibt⁹. Für die Bemessungsgrundsätze gilt demnach nichts anderes als für die Gratifikation; auch sie (und damit ebenso ihre Änderungen) brauchen deshalb nicht unbedingt vor der Zahlung bekannt gegeben zu werden, jedenfalls aber nicht vor der Entscheidung über die Gratifikation selbst.

Die Ungewißheit bis zu diesem Zeitpunkt müssen die Beschäftigten hinnehmen. Wesentlich ist nur, daß sie überhaupt von solchen Besonderheiten Kenntnis erhalten¹⁰, sei es durch allgemeine Bekanntmachung (z.B. Aushang am Schwarzen Brett) oder Einzelunterrichtung. Zur Vermeidung späterer Meinungsverschiedenheiten dürfte sich dabei eine schriftliche Darlegung zumindest der Bemessungsgrundsätze empfehlen, in schwierigeren Fällen womöglich auch der ganzen Berechnung¹¹.

9) So z.B. G. Hueck, Anm. zu BAG AP Nr.34 zu § 611 BGB Gratifikation; ähnlich LAG Hamm, BB 1954, 997.

10) In Literatur und Rechtsprechung ist die Frage der Bekanntmachungspflicht, die meist beim Ausschluß des ArbN in gekündigter Stellung bedeutsam wird, im einzelnen noch umstritten. Während manche Gerichte "rechtzeitige allgemeine" (LAG Frankfurt, DB 1956, 24) "ausdrückliche oder schlüssige Bekanntmachung" (LAG Düsseldorf, DB 1955, 124 - kritisch hierzu G. Hueck, BB 1955, 800 und DB 1956, 352 II 2 b), ja zum Teil sogar Kenntnis der einzelnen ArbN verlangen (LAG Düsseldorf, BB 1951, 985), tendiert die Rechtsprechung neuerdings mehr in die entgegengesetzte Richtung. Nach LAG Düsseldorf (DB 1956, 750) genügt bloße Mitteilung an den Betriebsrat, der ArbN, die sich beschweren wollten, dann aufklären könne, und im Gefolge des BAG (AP Nr.4 zu § 611 BGB Gratifikation) wird mangels Rechtsanspruchs der ArbN weiterhin jede Offenbarungspflicht des ArbGeb abgelehnt; die Beantwortung entsprechender Rückfragen reiche aus (so z.B. LAG Bremen, AR-Blattei, Gratifikation Entsch. 9; LAG Frankfurt, SAE 1959, 211; ArbG Hannover, BB 1955, 131; ArbG Ludwigshafen, BB 1967, 1379; a.A. LAG Hamburg, ARSt 1967, 22). Ähnlich Gros (AR-Blattei, Gratifikation B IV 2 b), der meint, es genüge, wenn der Differenzierungsmaßstab durch die tatsächliche Handhabung erkennbar werde.

11) Die Herausgabe betrieblicher Richtlinien empfiehlt Hohn, S.22, 24; ebenso Isele, SAE 1961, 218.

- c) Unabhängig von der Frage der Rechtspflicht erscheint jedoch vom erstrebten Ziel her die frühzeitige Ankündigung einer solchen Gratifikationsgestaltung zweckmäßig, da der finanzielle Anreiz ja nur dann zur Eindämmung der Ausfälle führen kann, wenn den ArbN die Auswirkungen von Fehlzeiten vorher bekannt sind.

§ 20 Lösungsversuche

1. Stichtagsregelung

Nach der Entscheidung des BAG vom 27.6.1958¹ bedeutet es keine sachfremde Differenzierung, wenn der ArbGeb nur solchen ArbN die Gratifikation zukommen läßt, die am "zulässigerweise frei gewählten Stichtag" in seinem Betrieb gearbeitet hätten. Dieser Satz, der im konkreten Fall zwar speziell einen Streik am Stichtag betrifft, aber von seiner allgemeinen Fassung her wohl als grundsätzliche These verstanden werden muß, ruft erhebliche Bedenken hervor.

- a) Einmal liegt die Gefahr der Willkür nahe; falls nämlich ein alles entscheidender Stichtag völlig frei gewählt und womöglich sogar nachträglich festgesetzt werden darf², stünde jeglicher Manipulation kein Hindernis entgegen. Könnte aber noch von sachgerechter Differenzierung gesprochen werden, wenn der ArbGeb jedes Jahr den Zeitpunkt des höchsten Krankenstandes als Stichtag auswählt?

Diesen Bedenken ließe sich allerdings weitgehend dadurch Rechnung tragen, daß der Stichtag nicht jedes

1) AP Nr.7 (2) zu § 611 BGB Gratifikation mit zust. Anm. A. Hueck; zustimmend auch z.B. Bulla, AR-Blattei, Gratifikation, Anm. zu Entsch. 3; Nikisch, Bd.I, § 32 IV 3, S.413.

2) Im entschiedenen Fall war es allerdings der Tag der Gratifikationsbekanntmachung.

Jahr neu und beliebig festgelegt wird, sondern über mehrere Jahre hinweg gültig bleibt oder doch jeweils rechtzeitig vorher bekannt gegeben wird.

- b) Aber auch dann ist die Zufallsgefahr nicht ausgeschaltet. Kann e i n Ausfalltag bei etwa 300 Arbeitstagen³ im Jahr darüber entscheiden, ob dem ArbN ein unter Umständen recht erheblicher Betrag zufließt oder nicht, so erscheint dies schon sehr fragwürdig. Wenn zudem aber von 300 ArbN, die jeder an einem anderen Tag vom Betrieb abwesend sind, 299 keinerlei Einbuße erleiden, während ein einziger völlig von der Gratifikation ausgeschlossen wird, nur weil gerade sein Fehltag der allein maßgebliche Stichtag ist, so bäumt sich dagegen das Gerechtigkeitsgefühl auf. Sollte wirklich eine Regelung rechtlich einwandfrei sein, die zur Folge hat, daß die Wahrscheinlichkeit, wegen des Arbeitsausfalls von einem Tag etwa ein Monatseinkommen einzubüßen, 1 : 299 beträgt - und das ohne Rücksicht auf den Anlaß der Abwesenheit und ein etwaiges eigenes Verschulden? Hier steht dem Zufall ein Spielraum zur Verfügung, der solche Bestimmungen nicht mehr als sachgerecht erscheinen läßt.
- c) Auch ein Vergleich mit der Situation beim Ausscheiden des ArbN kann dieses Verfahren nicht rechtfertigen, da beide Fälle wesentliche Unterschiede aufweisen. Wenn dort bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses kurz vor Jahresende völliger Ausschluß noch als zulässig anerkannt wird, da die mit der Gratifikation bezweckte künftige Bindung an den Betrieb nicht mehr möglich sei⁴, so kann dieses Argument hier nicht herangezogen werden,

3) Bei 5-Tage-Woche sind es etwa 250, was aber am Ergebnis nichts ändert.

4) Vgl. § 11, S.93 , Fußn.8.

da ja bei zwischenzeitlichem Fehlen eine Bindungswirkung für die Zukunft durchaus in Frage kommt. Umgekehrt muß der hier zur Differenzierung berechtigende Gesichtspunkt des unterschiedlichen Erfolgsbeitrages dort völlig außer Betracht bleiben, weil andernfalls beim Ausscheiden eine anteilige Gratifikationsgewährung nicht zu umgehen wäre. Beide Male stehen also ganz verschiedene Gratifikationszwecke im Vordergrund. Daneben erscheint ein weiterer Unterschied bemerkenswert. Die Frage der Betriebsbindung als qualitativer Umstand ermöglicht es, je nach ihrer Beantwortung eine qualitative Folgerung, nämlich den Ausschluß von der Gratifikation, zu ziehen. Der Gesichtspunkt der Mitwirkung am betrieblichen Erfolg ist dagegen rein quantitativer Natur und verlangt daher auch eine quantitative Berücksichtigung. Wenn dabei wegen der grundsätzlichen Gestaltungsfreiheit des Unternehmers auch keine absolute Proportionalität zwischen Arbeitsversäumnis und Gratifikationshöhe vorgeschrieben werden kann, so dürfte es jedoch mit diesem Prinzip unvereinbar sein, an einen einzigen Fehltag die gleichen Folgen zu knüpfen wie an ganzjährige Abwesenheit.

- d) In seiner Urteilsanmerkung stimmt A. Hueck⁵ der Entscheidung des BAG aus dem Gedanken heraus zu, niemand könne während des Streiks vom ArbGeb erwarten, daß er streikenden Belegschaftsmitgliedern freiwillig eine Gratifikation zahle.

Diese Überlegung ist im Grundsatz sicherlich berechtigt; ihrem Anliegen ließe sich dadurch Rechnung tragen, daß eine Zahlung der Gratifikation bis zur Wiederaufnahme der Arbeit ausgesetzt würde. Der endgülti-

5) Anm. zu BAG AP Nr.7 (2) zu § 611 BGB Gratifikation.

ge Ausschluß wegen der Streikteilnahme am Stichtag erscheint jedoch als Maßnahme, die erheblich über eine angemessene Interessenwahrung des ArbGeb hinausgeht.

- e) Gegenüber solchen Ausschüttungsgrundsätzen wird schließlich einzuwenden sein, daß für das legitime Ziel, die Produktivität der Arbeitsleistung zu steigern, ein ungeeignetes Mittel verwendet wird.

Wenn nämlich ein ArbN damit rechnen muß, daß ihn - trotz eifrigster Mitarbeit das ganze Jahr über - die zufällige Verhinderung gerade am Stichtag (etwa wegen eines unverschuldeten Verkehrsunfalls) um die an sich zu erwartende Belohnung für all diese Anstrengungen bringen kann, so dürfte das für seine Arbeitsmoral nicht gerade förderlich sein. Weit eher ist anzunehmen, daß sich das Bemühen der Belegschaft darauf richten wird, keinesfalls in dem Zeitraum zu fehlen, der für den Stichtag erfahrungsgemäß in Betracht kommt, daß sich dagegen im übrigen Jahr eine größere Laxheit breitmachen wird, zumal wenn ein "Krankfeiern" zu anderer Zeit vollkommen gratifikationsunschädlich ist.

- f) Da sich nun die Stichtagsregelung wenn nicht als willkürlich, so doch zumindest als zufallsabhängig, unverhältnismäßig und ungeeignet erweist, ist mit einem solchen Ausschüttungsprinzip der Spielraum sachgerechter Gestaltung überschritten, so daß es als rechtlich unzulässig bewertet werden muß⁶.

6) Ebenso ArbG Berlin, Entsch.Kal. 1962, 317.

2. Einheitliche Fehlzeitenbehandlung

- a) Der zweite Lösungsweg, der bisher begangen wurde, knüpft an den durch die Fehlzeiten bedingten unterschiedlichen Erfolgsbeitrag an und staffelt die auszuschüttende Gratifikation entsprechend. Hierbei ist eine große Zahl von Gestaltungsvarianten denkbar⁷, die zwar alle auf dem gleichen Grundprinzip aufbauen, aber in ihren Modalitäten mehr oder weniger voneinander abweichen. So ist etwa eine Differenzierung genau nach Fehltagen möglich, ebenso aber auch eine pauschalere nach Fehlwochen und Fehlmonaten, wobei wiederum Anfang oder Vollendung dieser Zeiträume entscheiden kann, sofern nicht stattdessen besondere Rundungsgrundsätze angewendet werden. Die Kürzung selbst ist über-, unter- oder genau proportional durchführbar, sie läßt sich linear, degressiv oder progressiv anlegen und schließlich können auch bestimmte Zeiträume (etwa wegen besonderer Beanspruchung des Personals) höher bewertet werden als andere⁸.
- b) Alle diese Formen, deren Ausgestaltung im einzelnen davon abhängt, welche Zwecke der ArbGeb damit verfolgen will und welche Vorstellungen er von der Wirksamkeit der verschiedenen Möglichkeiten hat, berücksichtigen - wenn auch in unterschiedlichem Maß - den individuellen Beitrag der ArbN zum Betriebsergebnis. Soweit nicht aus anderen Gründen - etwa wegen der Höhe der Kürzungsraten⁹ - Bedenken erwachsen müssen, sind

7) Beispiele aus der Praxis bei Friedrichs, S.93 ff.

8) Z.B. die Zeit des Weihnachtsverkaufs; der Ausschluß von ArbN, die an dieser erhöhten Belastung (auch schuldlos) nicht beteiligt waren, dürfte daher berechtigt sein (ebenso z.B. ArbG Bremen, ARSt XVI, Nr.105; ArbG Gelsenkirchen, BB 1956, 529 und WA 1957, S.100).

9) Siehe hierzu S.170 ff.

sie daher als angemessene Mittel zur Verwirklichung eines rechtlich zulässigen Zwecks anzusehen, nämlich mit Hilfe von Differenzierungen bei der Gratifikation die Arbeitsausfälle zu vermindern.

In Rechtsprechung und Schrifttum sind derartige Lösungen deshalb auch weitgehend anerkannt¹⁰; noch bestehende Meinungsverschiedenheiten gehen meist um die im zweiten Teil behandelte grundsätzlichere Frage, ob eine bestimmte Ausfallursache überhaupt die Gratifikation beeinflussen könne.

- c) Die in manchen dieser Regelungen enthaltene T o l e r a n z k l a u s e l bedeutet, daß Fehlzeiten bis zu einer gewissen Dauer unberücksichtigt bleiben und nur längere Ausfälle - mit der darüber hinausgehenden Zeit oder auch ganz - zur Kürzung der Gratifikation herangezogen werden¹¹.

Die Vorteile solcher Klauseln liegen einmal darin, daß Härten vermieden werden, die sonst wegen starker Herabsetzungsquoten in Fällen geringer Abwesenheit entstehen könnten; außerdem kann auf der ArbGebseite der Verwaltungsaufwand für die Berechnung der Kürzung beim Ausfall weniger Tage erspart werden.

Nachteilig wirkt sich dagegen vor allem aus, daß damit nahezu jeglicher Anreiz wegfällt, kurzfristiges "Krankfeiern" zu unterlassen; denn auch bei häufigerem Auf-

10) Z.B. BAG AP Nr.35 zu § 611 BGB Gratifikation mit zust. Anm. Mayer-Maly; Friedrichs, S.91; Haberkorn, S.28; Hohn, S.25; Schwedes, BABI. 1966, 169 (I 2).

11) Nach der Bekanntmachung, die der Entsch. des BAG (AP Nr.35 zu § 611 BGB Gratifikation) zugrunde lag, wurde erst bei Ausfällen von mehr als 4 Wochen die Gratifikation prozentual gekürzt; dieser Zeitraum dürfte hierbei als "Frei g r e n - z e" gedacht gewesen sein, so daß bei seiner Überschreitung die Gesamtausfallzeit berücksichtigt wurde. Ebenso sind jedoch auch andere Toleranzzeiten möglich.

treten sind unechte "Krankheiten" meist von so kurzer Dauer, daß sie bei einer größeren Toleranzgrenze nicht erfaßt werden. Oft ist es aber gerade der Hauptzweck derartiger Gratifikationsgestaltung, solchen Ausfällen entgegenzuwirken; in diesem Fall erscheint daher die Verwendung einer Toleranzklausel unzweckmäßig.

3. Fallregelung

Diese bisweilen verwendete Form¹² stellt eine Variante zur eben behandelten einheitlichen Berücksichtigung von Arbeitsversäumnissen dar. Man unterscheidet hierbei zwischen Fehlzeiten wegen Krankheit (einschließlich Unfall) oder Schwangerschaft und Abwesenheit aus anderen Gründen. Jeder F a l l von Krankheit und Schwangerschaft wird dabei - unabhängig von der Dauer der Abwesenheit - einheitlich einem sonstigen Fehl t a g gleichgesetzt.

Ziel dieser unterschiedlichen Bewertung der Ausfallursachen ist es, die finanzielle Einbuße für ernstlich und damit auch längere Zeit Erkrankte zu mildern, kurzfristigem Fehlen dagegen durch größere Abzüge entgegenzuwirken.

Das Merkmal des unterschiedlichen Erfolgsbeitrages tritt hier allerdings weitgehend in den Hintergrund zugunsten einer fast reinen Anwesenheitsprämie, die sich noch weiter von der ursprünglichen Gratifikation entfernt, als die bisher erwähnten Regelungen.

Weil der Name für die rechtliche Zulässigkeit freiwilliger Leistungen aber nicht entscheidend sein darf, sollten hieraus keine Bedenken erwachsen, zumal der dieser Gratifikationsform zugrunde liegende Zweck als sachgerecht

12) Siehe hierzu Koch, Der Erfolg einer richtig geplanten und durchgeführten Anwesenheitsprämie, MuA 1962, S.135 (mit Hinweisen auf Beispiele aus der Praxis) und Friedrichs, S.93.

angesehen werden kann. Da außerdem eine absolute Gleichbewertung der verschiedenen Ausfallursachen ebensowenig erforderlich erscheint, wie eine solche hinsichtlich der Abwesenheitsdauer - dort sind ja auch progressive und degressive Kürzungen möglich -, dürfte sich diese Regelung insgesamt noch im Rahmen des weit zu ziehenden Ermessensspielraums des ArbGeb halten und damit als rechtlich zulässig anzuerkennen sein.

4. Kürzungsmöglichkeiten

Offen gelassen wurde bisher die Frage, wo die Grenzen der unter 2 und 3 behandelten Lösungen liegen.

a) Problematisch ist dabei nur die überproportionale Kürzung, die im Extremfall zur völligen Streichung der Gratifikation bei nur einem Fehltag führen könnte. Ein solches Verfahren wäre sicherlich mit der Fürsorgepflicht unvereinbar¹³. Irgendwo müssen also Grenzen zu ziehen sein, für deren Fixierung jedoch kaum Anhaltspunkte vorhanden sind. Es soll daher im Folgenden nur versucht werden, den in Betracht kommenden Bereich möglichst einzuengen.

b) Dabei muß von der einen Seite her die Gestaltungsfreiheit des ArbGeb beachtet werden sowie sein Interesse daran, durch spürbare Herabsetzung der Gratifikation eine wirksame Bekämpfung kurzer Arbeitsausfälle zu ermöglichen.

Andererseits ist zu berücksichtigen, daß die Gratifikation - jedenfalls neben anderen Zwecken auch - die Anerkennung der Jahresarbeitsleistung beinhaltet; einzelne Fehltag dürfen daher (von Fällen der Treue-

13) Siehe hierzu die unter 1 c) (S.165) vorgebrachten Bedenken gegen die Stichtagsregelung.

pflichtverletzung abgesehen) nicht so hoch bewertet werden, daß die verbleibende, oft recht beachtliche Leistung daneben gänzlich in den Hintergrund tritt.

Außerdem bleibt zu bedenken, daß starke Kürzung den ArbN aus finanziellen Erwägungen zu gesundheitsschädlichem Verhalten oder zum Außerachtlassen von Arbeitsschutzvorschriften verleiten kann (z.B. vorzeitige Wiederaufnahme der Arbeit nach Erkrankungen, Nichteinhaltung der Mutterschutzbestimmungen, besonders allzu lange Weiterarbeit vor der Niederkunft). Ebenso beeinflußt auch die absolute Höhe des auf dem Spiele stehenden Betrages den Grad der Gefährlichkeit solcher Bestimmungen¹⁴.

Demgegenüber steht wieder der Gedanke der Selbstverantwortlichkeit des ArbN, dem nicht jedes Risiko abgenommen werden kann und soll.

Die Problematik entspricht also weitgehend der des zweiten Teils, wo die grundsätzlichere Frage der Heranziehungsmöglichkeit zur Gratifikationsbemessung bei den einzelnen Ausfallursachen zu prüfen war, während es jetzt um die dabei zulässige Größenordnung geht. Bei Abwägung der widerstreitenden Interessen dürfte sich aus der Fürsorgepflicht des ArbGeb eine grobe Richtlinie dahin gehend ableiten lassen, daß er nur solche Gestaltungsformen wählen darf, die einen verständigen¹⁵ ArbN wahrscheinlich nicht zu einem sich selbst gegenüber unverantwortlichen (und damit im

14) Sturn, Gewährung von Anwesenheitsprämien an ArbN im allgemeinen zulässig, Inf. 1961, S.198; Anonymus, Sind Anwesenheitsprämien rechtlich zulässig? RdW 1962, Nr.532; s. auch BAG, DB 1967, 775.

15) Vgl. BAG AP Nr.58 zu § 611 BGB Gratifikation.

Endergebnis auch für den ArbGeb nachteiligen) Verhalten veranlassen werden¹⁶.

- c) Beim Versuch einer näheren Grenzziehung wird man dabei wieder zwischen der einheitlichen¹⁷ Fehlzeitenbehandlung nach 2 (S.167) und einer Fallregelung nach 3 (S.169) zu unterscheiden haben; diese ermöglicht nämlich weit schärfere Kürzungen, weil die besonders gesundheitsgefährdenden Tatbestände (Krankheit, Schwangerschaft) dabei stets nur einem sonstigen Fehltag entsprechen und deshalb in ihren Auswirkungen stark eingeschränkt sind.

aa) Das von K o c h¹⁸ (allerdings in Form einer reinen Anwesenheitsprämie) als erfolgreich bezeichnete Beispiel der Herabsetzung um 20 % pro Fehltag bzw. -fall dürfte bei der Gratifikation ebenfalls unbedenklich sein. Auch eine Kürzung um je 25 % könnte wahrscheinlich noch als zulässig angesehen werden. Bei verhältnismäßig geringen Beträgen ließe sich vielleicht sogar eine Erhöhung auf 33 % vertreten, so daß bei drei Abwesenheitsfällen im Jahr die Gratifikation entfielen. Eine derartig hohe Kürzungsrates ist allerdings schon recht problematisch; eine weitere Steigerung hielte sich wohl eindeutig nicht mehr in dem mit der Fürsorgepflicht vereinbaren Rahmen.

bb) Noch fragwürdiger muten alle derartigen Versuche im Bereich einheitlicher Fehlzeitenbehandlung an¹⁹.

16) Sturn, Inf. 1961, S.198.

17) Zur Vereinfachung wird dabei auch von linearer Kürzung ausgegangen.

18) MuA 1962, 135.

19) In der Rechtsprechung sind nur wenig konkrete Beispiele zu finden, die sich sämtlich im unproblematischen Bereich bewegen. Nach BAG AP Nr.35 zu § 611 BGB Gratifikation etwa betrug die Kürzung bei 63 Tagen Abwesenheit 35 von 225 DM; das LAG Düsseldorf (BB 1959, 37) bejaht die Möglichkeit

Jeder Lösung muß dabei etwas Willkürliches anhaften. Hier erscheint eine genauere Fixierung gänzlich aussichtslos, so daß nur eine grobe Eingrenzung angestrebt werden soll.

Zulässig müßte eine Regelung sein, die bei Abwesenheit von mehr als einem Vierteljahr zum Ausschluß von der Gratifikation führt; umgekehrt dürfte eine Kürzung, die den ArbN schon bei einer Krankheit von 2 bis 3 Wochen trotz fleißiger Mitarbeit im übrigen Jahr völlig leer ausgehen läßt, nicht mehr mit der Fürsorgepflicht zu vereinbaren sein.

Die äußerste Grenze für den Wegfall der Gratifikation wäre daher wohl im Bereich zwischen 1 und 3 Monaten Abwesenheit zu ziehen. Das bedeutet, daß bei gleichmäßiger Kürzung - je nach Zahl der Wochenarbeitstage - der höchstzulässige Abzug von der Gratifikation pro Fehltag in der Größenordnung zwischen 5 % und 1 % liegen müßte.

§ 21 Zweckmäßigkeitsfragen

1. Nicht in allen Fällen, bei denen nach den Ergebnissen des zweiten Teils eine Heranziehung zur Gratifikationsbemessung rechtlich zulässig ist, erscheint das Ausnutzen dieser Möglichkeit auch als sozial wünschenswert oder zur Erzielung optimaler Arbeitsergebnisse günstig.

Bei manchen Ausfallursachen würde eine Gratifikationskürzung vom ArbN verständlicherweise als ungerechtfertigte Härte empfunden, sei es, weil sie seinem Einfluß entzogen ist und auf einer für ihn unvermeidbaren vorrangigen Pflicht beruht (so etwa bei staatsbürgerlichen Ehren-

einer Zwölftelung, das ArbG Neuwied (BB 1963, 1256) die Kürzung um 1/250 je Fehltag und das ArbG Wuppertal (BB 1963, 1257) billigt die Kürzung der Gratifikation um die Hälfte bei ArbN, die mehr als ein Drittel der Arbeitszeit im letzten Jahr gefehlt haben.

ämtern), sei es, weil damit ein anderweitiges Entgegenkommen des ArbGeb weitgehend seinen Wert verlöre. Hierunter dürfte etwa die kurzfristige Beurlaubung aus persönlichen Gründen fallen, sofern sie nicht schon wegen Fortzahlung des Entgelts wie Arbeitsleistung zu behandeln ist, ebenso der besondere Urlaub für Jugendleiter. Unter Umständen könnte hier auch der Hausarbeitstag einbezogen werden, wenn er sich nicht durch Arbeitsverlegung vermeiden läßt.

Da in den genannten Fällen das Interesse des ArbGeb an höherer Arbeitsproduktivität bei Ausklammerung dieser Fehlzeiten nicht sonderlich beeinträchtigt wird, dürfte vom Ergebnis her der Verzicht auf eine Berücksichtigung und damit die volle Zahlung zweckmäßiger sein, weil dadurch unnötige Verbitterung der ArbN vermieden werden könnten und insgesamt wohl ein besseres Arbeitsergebnis zu erzielen wäre als bei starrem Ausnützen der rechtlichen Möglichkeiten¹.

2. Eine generelle Empfehlung für eine bestimmte Gratifikationsregelung läßt sich kaum geben, da je nach dem vorrangig angestrebten Ziel die geeigneten Mittel ausgewählt werden müssen und damit also die verschiedensten Gestaltungsformen in Betracht kommen.

Es seien deshalb lediglich zwei Hauptvarianten angedeutet:

- a) Steht die bloße Mitwirkung am Betriebserfolg mehr im Vordergrund und soll sie bei der Gratifikation anteilig berücksichtigt werden, so spricht dies für eine gleichmäßige Staffelung.

Als Grundlage könnte etwa das im öffentlichen Dienst benutzte Zwölftelungsprinzip² herangezogen werden,

1) Ähnlich Friedrichs, S.95.

2) Z.B. § 2 Abs.2 des TV über die Gewährung einer Zuwendung an Arbeiter des Bundes und der Länder vom 24.11.1964; so auch IAG Düsseldorf, BB 1959, 37.

das sich dort zwar auf die Betriebszugehörigkeit bezieht, in gleicher Weise aber auch für eine Staffe-
lung nach Fehlzeiten anwendbar ist. Danach wäre die
Gratifikation für jeden vollen Monat der Abwesenheit
(bzw. die entsprechende Zahl von Arbeitstagen) um
ein Zwölftel zu kürzen.

Diese Regelung enthielte praktisch eine Toleranzgren-
ze von einem Monat, so daß bei einem Großteil der
ArbN jede Kürzung entfielen. Falls eine so weit gehen-
de Klausel nicht tragbar erscheint, könnte dieses
Verfahren auch dahin abgewandelt werden, daß für je-
den angefangenen Monat bzw. jeweils bei Überschreiten
eines halben Monats die Gratifikation um ein Zwölftel
gekürzt wird.

- b) Soll jedoch in erster Linie ein wirksames Mittel ge-
gen unechten Krankenstand und sonstiges kurzfristiges
Fehlen erreicht werden³, ist die Verwendung einer
Toleranzklausel weniger zweckmäßig. Hier könnte eine
Fallregelung mit starker Kürzung eine geeignetere
Maßnahme darstellen.

Trotzdem dürfte auch bei dieser Zielrichtung die Aus-
klammerung solcher Fehlzeiten angebracht sein, die
nicht bekämpft werden können und sollen, also etwa
der unter 1 (S.173f) genannten Ausfallursachen.

Sind Tarifverträge mit gut ausgebauten Bestimmungen
über bezahlte Freistellung⁴ vorhanden, kann hierauf
zurückgegriffen werden. Zur Kürzung kommen dann nur

3) Gerade für solche Zwecke ist nach Goossens, Sinn und Unsinn
der Zahlung von "Anwesenheitsprämien", MuA 1962, 102, eine
Anwesenheitsprämie geeignet.

4) Etwa entsprechend der Regelung des öffentlichen Dienstes,
z.B. MTL II § 33, BAT § 52.

die Ausfälle in Betracht, für die das Entgelt nicht weitergezahlt wird. Nicht anwendbar wäre dieses Prinzip allerdings bei Krankheit, da ja gerade der unechte Krankenstand bekämpft werden soll, woran auch die zu erwartende Einführung der Lohnfortzahlung nichts ändern wird. Vor allem im Bereich der staatsbürgerlichen Pflichten und des Sonderurlaubs könnten damit aber befriedigende Lösungen gefunden werden.

Es ist natürlich nicht mit Sicherheit voraussehbar, ob eine derartige Gestaltung stets zum gewünschten Ergebnis führen wird. Die dabei erforderliche rigorose Herabsetzung der Gratifikation für jeden Fehltag bzw. -fall könnte auch zur Folge haben, daß einmal eingetretene Arbeitsversäumnisse dann über das sonst übliche Maß hinaus ausgedehnt werden, damit sich die unvermeidliche finanzielle Einbuße auch "rentiere"⁵.

Jedem Versuch, mit Hilfe der Gratifikation den Arbeitsausfällen entgegenzuwirken, haftet daher der Charakter des Experimentierens an; trotz sorgfältigster Überlegungen hinsichtlich der bestmöglichen Ausgestaltung kann alles Bemühen an den dabei auftretenden zahlreichen Imponderabilien scheitern.

Zur Schaffung günstiger Erfolgsaussichten dürfte es besonders wichtig sein, innerhalb der Belegschaft Verständnis für eine wirtschaftliche Betrachtungsweise⁶ zu wecken, damit der Gratifikationsstaffelung der

5) Ähnlich Goossens, MuA 1962, 102.

6) Koch, MuA 1962, 135; s. auch Friedrichs, S.95.

Charakter einer Strafe genommen wird. Stattdessen sollte es den ArbN bewußt gemacht werden, daß hier nur der unterschiedliche Erfolgsbeitrag durch eine entsprechend differenzierte Gratifikation anerkannt wird.

Auf jeden Fall aber dürfte ein gutes Betriebsklima dem Ziel geringstmöglicher Arbeitsausfälle dienlich sein⁷. Das Bemühen darum sollte deshalb bei allen Erwägungen über den optimalen Einsatz finanzieller Mittel nicht außer acht gelassen werden.

7) Friedrichs, S.97 f., hält die Frage der Fehlzeiten weitgehend für ein Führungsproblem; s. auch Goossens, MuA 1962, 102.

Z u s a m m e n f a s s u n g

1. Das Ausrichten der freiwilligen Gratifikation an den Fehlzeiten der ArbN ist im Prinzip möglich.
2. Grundsätze des allgemeinen Rechts (Verschulden) oder des Arbeitsrechts (Betriebsrisiko) sowie gesetzliche Interessenabwägung zugunsten des ArbN können aber negativen Auswirkungen einzelner Ausfallursachen entgegenstehen; dies gilt ebenso für ausdrückliche oder schlüssige Vereinbarungen. (Eine Übersicht über die Ergebnisse bei den verschiedenen Gruppen von Arbeitsversäumnissen enthält die beigelegte Anlage.)
3. Die Gratifikation ist nicht zwingend an die Fortzahlung des Arbeitsentgelts gekoppelt; diese stellt aber oft ein wichtiges Indiz dar.
4. Vorwerfbares Verhalten der einen oder anderen Seite löst zwar einen Teil der Fälle; die eigentliche Problematik beginnt jedoch zumeist erst dort, wo ein Verschulden fehlt oder jedenfalls nicht nachweisbar ist.
5. Treffen mehrere Ausfallursachen zusammen, die einzeln abweichende Folgen für die Gratifikation nach sich ziehen, so ist im Ergebnis meist eine Kürzung möglich.
6. Eine Regelung, nach der die ArbN wegen Abwesenheit an einem bestimmten Stichtag gänzlich von der Gratifikation ausgeschlossen werden können, ist unzulässig.
7. Im übrigen steht dem ArbGeb ein weiter, nur vom Willkürverbot her begrenzter Ermessensspielraum zur Verfügung, innerhalb dessen er - je nach dem erstrebten Zweck - eine seinen besonderen Bedürfnissen angepaßte Gestaltungsform wählen kann.

F a l l ü b e r s i c h t

Ist eine Kürzung der Gratifikation zulässig?

§ 2	Feiertage (S.18)	
	A. Gesetzliche Feiertage	nein
	Ausnahmen: Fälle des § 1 II Feiert-LohnzG	
	B. Gesetzlich geschützte Feiertage	ja
	Ausn.: vom ArbGeb angeordnete oder vereinbarte Arbeitsruhe sowie Ausfälle aus Gründen der Betriebsstruktur	
§ 3	Erholungsurlaub (S.25)	nein
§ 4	Innerbetriebliche Tätigkeit (S.26)	nein
§ 5	Krankheit (S.27)	ja
	Ausn.: vom ArbGeb zu vertreten	
§ 6	Kur- und Heilbehandlung (S.41)	
	soweit keine Urlaubsanrechnung	ja
§ 7	Mutterschutz (S.44)	
	A. Beschäftigungsverbote	ja
	B. Stillzeiten, ärztliche Untersuchungen	nein
§ 8	Jugendschutz (S.56)	nein
§ 9	Hausarbeitstag (S.59)	ja
§ 10	Arbeitskampf (S.64)	ja
	aber: Besonderheiten bei Maßregelungsverbot	
	Ausn.: rechtswidrige Aussperrung	

- § 11 Wehrdienst und ähnliche Verpflichtungen (S.90)
- A. Wehrdienst ja
Ausn.: 3-Tage-Übungen, Erfassung
 - B. Ersatzdienst, Eignungsübungen ja
 - C. Ausbildung im Luftschutz nein
- § 12 Staatsbürgerliche Pflichten (S.104)
Ausn.: Einzelfälle der Mitwirkung bei Wahlen (Art.32 LWG) ja
- § 13 Sonderurlaub (S.112)
Ausn.: kürzere Beurlaubung mit Lohnfortzahlung, nicht jedoch zur Stellensuche ja
- § 14 Sonstige Fälle der Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit (S.118)
Ausn.: vom ArbGeb zu vertreten oder ihm zuzurechnen ja
- § 15 Unberechtigtes Fehlen und Unpünktlichkeit (S.121)
Ausn.: vom ArbGeb zu vertreten ja
- § 16 Ursachen im Bereich des ArbGeb (S.124)
- A. Annahmeverzug nein
 - B. Betriebliche Gründe nein
Ausn.: vom ArbN zu vertreten, kollektive Kampfmaßnahmen der Arbeitnehmerseite als Ursache, Existenzgefährdung des Betriebes
 - C. Kurzarbeit ja
Ausn.: unberechtigte Einführung

L e b e n s l a u f

Am 21. November 1938 wurde ich als Sohn des 1964 verstorbenen Pfarrers Michael Zwanzger und seiner Ehefrau Emma geb. Zahn in Heuberg (Kreis Nördlingen) geboren.

Von September 1944 bis Juli 1948 besuchte ich die Volksschule Heuberg, anschließend das Progymnasium in Oettingen/Bay. Ab September 1954 war ich Schüler am humanistischen Gymnasium Windsbach; dort legte ich auch im Juni 1957 die Reifeprüfung ab.

Anfang September 1957 trat ich als Inspektoranwärter in den gehobenen nichttechnischen Bundesbahndienst. Nach der dreijährigen Ausbildung (Anstellungsprüfung im August 1960) wurde ich auf verschiedenen Posten des Innen- und Außendienstes eingesetzt - unter anderem als Dienststellenleiter.

Das Studium der Rechtswissenschaften begann ich im Wintersemester 1962/63 an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Zwei Semester (WS 1963/64 und SS 1964) studierte ich an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Anschließend kehrte ich wieder nach Erlangen zurück, wo ich am 13. Juli 1967 die erste juristische Staatsprüfung bestand.

Seit 1. September 1967 stehe ich im Bereich des OLG Nürnberg und der Regierung von Mittelfranken im Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar. Außerdem bin ich seit 1. Oktober 1967 - zunächst als wissenschaftliche Hilfskraft, ab 1. April 1968 als Verwalter der Dienstgeschäfte eines wissenschaftlichen Assistenten - am Juristischen Seminar der Universität Erlangen-Nürnberg bei Herrn Professor Dr. Schnorr von Carolsfeld tätig.

Offsetdruck-Fotodruck

J. Hogl, 8520 Erlangen Hauptstr. 109, (Nähe Martin-Luther-Platz) Tel. 22990
